

Bargeldloser Zahlungsverkehr und Drittmissbrauchshaftung in Europa

**Eine rechtsvergleichende Betrachtung der deutschen, englischen
und spanischen Rechtsordnung mit besonderem Blick auf die
europäische Zahlungsdiensterichtlinie 64/2007/EG**

Dissertation

zur Erlangung des akademischen Grades
doctor iuris (Dr. iur.)

eingereicht an der

Juristischen Fakultät der Humboldt- Universität zu Berlin

von

Enno Stange

Präsident der Humboldt-Universität zu Berlin

Prof. Dr. Dr. h.c. Christoph Marksches

Dekan der Juristischen Fakultät der Humboldt-Universität zu Berlin

Prof. Dr. Christoph Paulus, LL.M. (Berkeley)

Gutachter:

1. Prof. Dr. Dr. Stefan Grundmann, LL.M. (Berkeley)
2. Prof. Dr. Reinhard Singer

Tag der mündlichen Prüfung: 28.10.2009

Meiner Mutter

Zusammenfassung

Die europäische Zahlungsdiensterichtlinie enthält ein detailliertes Haftungsregime für Drittmissbrauch im bargeldlosen Zahlungsverkehr, das von den Mitgliedstaaten bis Ende Oktober 2009 in nationales Recht umzusetzen war. Ziel der harmonisierten Haftungsregelungen ist die Verbesserung von Wettbewerbsfreiheit, Rechtssicherheit und Verbraucherschutz sowie die Minderung von Missbrauch. Eine rechtsvergleichende Untersuchung zeigt jedoch, dass die Haftungsordnung diesen Zielvorgaben nicht konsequent folgt und zudem von fundamentalen Grundsätzen des europäischen Haftungsrechts abweicht.

Schlagworte

Zahlungsdiensterichtlinie, Missbrauch, Haftung, Bargeldloser Zahlungsverkehr

Abstract

The European Payments Services Directive contains detailed liability regulations concerning the abuse of non cash payments. The deadline of transposal for this Directive passed in October 2009. The key aims of the harmonized liability rules are amendment of competition, legal certainty, consumer protection and future reduction of abuse. However, a comparative analysis reveals a considerable lack of consistency in relation to those goals and a renunciation of basic principles of European liability law.

Keywords

European Payments Services Directive, abuse, non cash payments, liability

Vorwort

Die Arbeit wurde im Wintersemester 2008/2009 von der Juristischen Fakultät der Humboldt-Universität zu Berlin als Dissertation angenommen. Rechtsprechung und Literatur konnten bis März 2009 berücksichtigt werden. Darüber hinaus wurden einzelne Verweise auf EG-mitgliedstaatliche Gesetzgebung zur Umsetzung der Zahlungsdiensterichtlinie aus späterer Zeit in die Arbeit aufgenommen.

Danken möchte ich an erster Stelle meinem Doktorvater, Herrn Professor Dr. Dr. Stefan Grundmann, LL.M. (Berkeley), der die Entstehung der Arbeit durch wertvolle Anregungen sowie den nötigen Freiraum gefördert hat. Herrn Professor Dr. Reinhard Singer danke ich für die rasche Zweitbegutachtung der Dissertation.

Besonderer Dank gilt meinen Freunden und ehemaligen Kommilitonen Christian Schliemann und Moritz Renner, die mit ihrem kritischen Sachverstand die mühsame Aufgabe des Korrekturlesens übernommen haben.

Meinen Eltern danke ich von ganzem Herzen für Ihre unnachgiebige Hilfe und Unterstützung, mit denen sie meine gesamte Ausbildung begleitet und gefördert haben. Durch unumstößliches und vorbehaltloses Vertrauen haben sie mich fortwährend und in jedem meiner Vorhaben ermutigt.

Inhaltsübersicht

Inhaltsverzeichnis	3
Abkürzungsverzeichnis	11
Kapitel 1: Einführung	15
A. Gegenstand und Gang der Untersuchungen	15
B. Bargeldloser Zahlungsverkehr und Drittmisbrauch in Europa	16
C. Bereits bestehende gemeinschaftsrechtliche Harmonisierungsregelungen	18
Kapitel 2: Bargeldloser Zahlungsverkehr und Drittmisbrauchshaftung in Deutschland, England und Spanien	21
A. Die Rechtslage in Deutschland	21
I. Die Überweisung	21
II. Zahlungskarten	42
III. Das Lastschriftverfahren	60
IV. Beweisrecht	67
V. Zusammenfassung der Rechtslage in Deutschland	83
B. Die Rechtslage in England	85
I. Einführung: Bargeldloser Zahlungsverkehr in England	85
II. Der <i>Funds Transfer</i>	86
III. Zahlungskarten	95
IV. Das Beweisrecht	109
V. Zusammenfassung der Rechtslage in England	114
C. Die Rechtslage in Spanien	116
I. Die Überweisung	116
II. Zahlungskarten	131
III. Das Lastschriftverfahren (<i>domiciliación de recibos</i>)	140
IV. Beweisrecht	145
V. Zusammenfassung der Rechtslage in Spanien	149
Kapitel 3: Die harmonisierte Missbrauchshaftung in der europäischen Zahlungsdiensterichtlinie 2007/64/EG	153
A. Ein neuer Rechtsrahmen für den bargeldlosen Zahlungsverkehr im europäischen Binnenmarkt	153
I. Rechtspolitischer Hintergrund der Richtlinie 2007/64/EG	153
II. Regelungsgehalt und Systematik der Zahlungsdiensterichtlinie	154
B. Die Zuordnung des Drittmisbrauchsrisikos in der Richtlinie	156
I. Einleitung	156
II. Grundstruktur der Haftungsrisikoverteilung	157
III. Abdingbarkeit der Vorschriften durch die Vertragsparteien	162
IV. Explizite Umsetzungsspielräume der Mitgliedstaaten	163
V. Beweislastregelungen	164
C. Eine wertende Untersuchung der Haftungsregelungen	166
I. Einleitung	166
II. Regelungsbedarf im Kontext europäischer Rechtssetzungskompetenz	169
III. Die einzelnen Steuerungsziele	171
IV. Grundpostulat eines angemessenen Interessenausgleichs	197
V. Die wesentlichen Kritikpunkte an der Richtlinienhaftung	208
Zusammenfassung der Ergebnisse und Ausblick	213
Literaturverzeichnis	219

Inhaltsverzeichnis

Inhaltsübersicht	1
Inhaltsverzeichnis	3
Abkürzungsverzeichnis	11
Kapitel 1: Einführung	15
A. Gegenstand und Gang der Untersuchungen	15
B. Bargeldloser Zahlungsverkehr und Drittmisbrauch in Europa	16
C. Bereits bestehende gemeinschaftsrechtliche Harmonisierungsregelungen zur Zuordnung des Drittmisbrauchsrisikos im bargeldlosen Zahlungsverkehr	18
Kapitel 2: Bargeldloser Zahlungsverkehr und Drittmisbrauchshaftung in Deutschland, England und Spanien	21
A. Die Rechtslage in Deutschland	21
I. Die Überweisung.....	21
1. Einführung	21
2. Das Rechtsverhältnis zwischen Bank und Kunde.....	23
3. Die Zuordnung des Missbrauchsrisikos im Bank-Kunden-Verhältnis.....	24
a. Grundsatz der Missbrauchshaftung.....	24
1.) Der Überweisungsvertrag als zentrale Angriffsfläche für Missbrauch im Überweisungsverkehr	25
a.) Angebot durch den Überweisenden	25
(1.) Beleghaftes Überweisungsverfahren	25
(2.) Belegloses Verfahren	26
(3.) Computergestützte Verfahren	27
(4.) Telefon-Banking	30
b.) Annahme des Angebots durch die Bank	31
2.) Grundsatz: Schadenstragung durch die überweisende Bank	32
b. Rechtsscheinhaftung	34
1.) Anscheins- und Duldungsvollmacht	34
2.) Grundsätze über den Blankettmissbrauch	36
3.) Anfechtung einer wegen Rechtsschein zurechenbaren Willenserklärung?	37
c. Kündbarkeit des Überweisungsvertrags	39
1.) Kündigung durch den Überweisenden	39
2.) Kündigung durch das überweisende Kreditinstitut.....	39
d. Vertragliche Schadensersatzansprüche	39
1.) Beleghaftes Überweisungsverfahren.....	40
2.) Belegloses Überweisungsverfahren	40
3.) <i>Electronic-Banking</i>	41
4.) Telefon-Banking.....	42
II. Zahlungskarten.....	42
1. ec-/Debitkarte	43
a. Einführung	43
b. Das <i>electronic-cash</i> -System.....	43
c. Das POZ-System und „wilde Lastschriftverfahren“	45
d. Haftung im Bank-Kunden-Verhältnis für missbräuchliche Verwendung der ec-Karte durch Dritte.....	46
1.) <i>electronic-cash</i> -Verfahren	47
a.) Missbrauchspraktiken im <i>electronic-cash</i> -Verfahren	47

b.) Grundsatz der Missbrauchshaftung	48
c.) Rechtsscheinhaftung	49
d.) Schadensersatzanspruch gem. §§ 280 I, 676f BGB	50
e.) Kundenbedingungen	50
(1.) Sorgfaltspflichten	50
(2.) Konkretisierung der Sorgfaltspflichten durch Literatur und Rechtsprechung	51
(3.) Haftungsregelungen der Bedingungen für den ec-/Maestro-Service	52
(4.) Haftungsregelungen der SparCard-Bedingungen	52
2.) Wildes Lastschriftverfahren	52
2. Kreditkarte	53
a. Einführung	53
b. Funktionen und Rechtsnatur der Kreditkarte	54
c. Rechtsbeziehungen im Universalkreditkartengeschäft	54
1.) Die Rechtsbeziehung zwischen Karteninhaber und Kartenemittent	55
a.) Kreditkarteneinsatz unter Vorlage der Kreditkarte	56
b.) Kreditkarteneinsatz ohne Vorlage der Karte	56
2.) Die Rechtsbeziehung zwischen Kartenemittent und Vertragsunternehmen	57
3.) Die Rechtsbeziehung zwischen Karteninhaber und Vertragsunternehmen	58
d. Haftung für Drittmisbrauch im Bank-Kunden-Verhältnis	58
1.) Missbrauchsgefahren bei Kreditkartenzahlungen	58
2.) Grundsatz der Missbrauchshaftung	59
3.) Rechtsscheinhaftung	59
4.) Wechselseitige Schadensersatzansprüche	59
5.) Schlussbetrachtungen zur Drittmisbrauchshaftung beim Kreditkartengeschäft	60
III. Das Lastschriftverfahren	60
1. Einführung	60
2. Das Einzugsermächtigungsverfahren	61
3. Das Abbuchungsauftragsverfahren	62
4. Haftungsrisikoverteilung für Missbrauch im Lastschriftverfahren	62
a. Missbrauchsgefahren	62
b. Rechtliche Zuordnung des Drittmisbrauchsrisikos zwischen Bank und Kunde	64
1.) Einzugsermächtigungsverfahren	64
2.) Abbuchungsauftragsverfahren	65
3.) Grundsatz: Die Bank trägt das Risiko für unautorisierte Lastschriften	66
4.) Schadensersatzhaftung	66
5.) Rechtsscheinhaftung	67
IV. Beweisrecht	67
1. Prozessuale Ausgangslage	67
2. Beweisrecht bei Missbrauch im Zahlungsverkehr	68
a. Beweislage im Überweisungsverkehr	68
1.) Beleghaftes Verfahren	68
2.) Belegloses Verfahren	68
3.) <i>Electronic-Banking</i>	69
4.) Telefon-Banking	69
b. Beweislage bei kartengestützten Zahlungen	69
c. Beweislage im Lastschriftverfahren	69
3. Der Beweiswert elektronischer Dokumente	70
4. Der Anscheinsbeweis im bargeldlosen Zahlungsverkehr	71

a. Grundlagen	71
b. Ein Anscheinsbeweis im <i>electronic-cash</i> -Verfahren?	72
1.) Einführung und Meinungsstand	73
2.) Eigener Standpunkt	75
a.) Anschein für eine zurechenbare Weisung	75
b.) Anscheinsbeweis beim Schadensersatzanspruch aus §§ 280, 676f BGB	75
(1.) Mögliche Sorgfaltspflichtverletzungen des Karteninhabers	76
(2.) Mögliche Geschehensabläufe ohne Sorgfaltspflichtverletzung	76
(3.) Eigene Stellungnahme	77
(4.) Kritik an der Lösung des BGH	79
(5.) Verschulden	79
3.) Zusammenfassung zum Anscheinsbeweis einer Sorgfaltspflichtverletzung im <i>electronic-cash</i> -Verfahren	81
c. Ein Anscheinsbeweis im Überweisungsverkehr?	81
d. Erschütterung des Anscheinsbeweises	83
V. Zusammenfassung der Rechtslage in Deutschland	83
B. Die Rechtslage in England	85
I. Einführung: Bargeldloser Zahlungsverkehr in England	85
II. Der <i>Funds Transfer</i>	86
1. Einführung	86
a. <i>Credit transfer</i>	87
b. <i>Debit transfer</i>	87
2. Rechtsnatur und Rechtsquellen	89
3. Haftungsrisikoverteilung bei Drittmisbrauch	90
a. Grundstruktur der Haftungsrisikoverteilung	90
b. Pflichten von Bank und Kunde	92
1.) Vertragliche Pflichten	92
2.) Sorgfaltspflichten aus Deliktsrecht (<i>tortious duties of care</i>)	94
3.) <i>Mitigation rule</i> und <i>remoteness rule</i>	94
c. Verwirkung (<i>Estoppel</i>)	95
III. Zahlungskarten	95
1. Einführung	95
2. Die Kreditkarte	96
a. Haftungsrelevanz des Consumer Credit Act 1974	96
1.) Anwendung auf Sachverhalte des Kreditkartenmissbrauchs	96
2.) Haftungsregelungen	97
b. Haftungsrelevanz des <i>Banking Code</i>	99
c. Haftungsrelevanz des <i>Business Banking Code</i>	100
d. Haftung nach allgemeinen Grundsätzen	101
1.) Anwendung des allgemeinen Vertragsrechts	101
2.) Schadensersatzhaftung	101
a.) Schadensersatz wegen Vertragsverletzung (<i>breach of contract</i>)	101
b.) Deliktischer Schadensersatz wegen Fahrlässigkeit (<i>tort of negligence</i>)	102
e. Abweichende Regelungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen	103
3. Die Chargekarte (<i>charge card</i>)	103
a. Einführung	103
b. Haftungsrisikoverteilung für Drittmisbrauch	104
1.) Haftungsrelevanz des <i>Consumer Credit Act 1974</i>	104

2.) Haftungsrelevanz des <i>Banking Code</i>	104
a.) Anwendbarkeit auf Chargekarten	104
b.) Rechtsnatur des <i>Banking Code</i>	104
c.) Haftungsregelungen des <i>Banking Code</i>	107
3.) Haftung nach allgemeinen Grundsätzen	108
4. Die Debitkarte	108
a. Einführung	108
b. Haftungsrisikoverteilung für Missbrauch	109
5. Spezielle Haftungsregelungen bei Drittmissbrauch im Fernabsatz	109
IV. Das Beweisrecht	109
1. Einführung	109
2. Die Beweislast (<i>burden of proof</i>)	110
3. Der Beweismaßstab (<i>standard of proof</i>)	111
4. Beweismittel im Zahlungsverkehr	111
5. Prozessvermutungen (<i>presumptions</i>)	112
6. Sonstige besondere Beweislastregelungen im bargeldlosen Zahlungsverkehr	114
V. Zusammenfassung der Rechtslage in England	114
C. Die Rechtslage in Spanien	116
I. Die Überweisung	116
1. Rechtliche Grundlagen der Überweisung	116
a. Einführung	116
b. Rechtsnatur der Überweisung	117
2. Die einzelnen Rechtsverhältnisse	118
a. Das Rechtsverhältnis zwischen dem Überweisenden und seinem Kreditinstitut	118
1.) Der Girovertrag	119
2.) Der Überweisungsauftrag	119
a.) Rechtsnatur	119
b.) Formfreiheit	119
c.) Widerrufbarkeit	120
3.) Das Kommissionsgeschäft	121
a.) Anwendung der kommissionsrechtlichen Vorschriften des <i>Código de Comercio</i> ..	121
b.) Wesentliche kommissionsvertragliche Pflichten	122
4.) Der Verwahrungsvertrag	122
b. Die Rechtsverhältnisse zwischen den beteiligten Banken	122
c. Das Rechtsverhältnis zwischen dem Empfänger und seiner Bank	123
d. Das Rechtsverhältnis zwischen dem Überweisenden und dem Überweisungsempfänger ..	124
3. Die Zuordnung des Drittmissbrauchsrisikos im Bank-Kunden-Verhältnis	124
a. Einleitung	124
b. Zuweisung des Drittmissbrauchsrisikos	125
1.) Allgemeines Schadensersatzrecht	125
2.) Haftungsrelevanz des Kommissionsvertrags	125
3.) Haftungsrelevanz des Girovertrags	126
4.) Haftungsrelevanz des Verwahrungsvertrags	127
c. Analoge Anwendung des Art. 156 des Wechsel- und Scheckgesetzes	127
1.) Grundkonzeption des Art. 156 LCC	127
2.) Beschränkung der analogen Anwendung auf gefälschte Überweisungsaufträge?	128
3.) Stellungnahme	129

d. Zusammenfassung der Zuordnung des Drittmisbrauchsrisikos im Überweisungsverkehr	130
II. Zahlungskarten.....	131
1. Einführung	131
2. Rechtliche Grundlagen von Kreditkartengeschäft und Debitkartenzahlung.....	131
a. Das Kreditkartengeschäft.....	132
b. Die Debitkartenzahlung.....	133
3. Haftungsrisikoverteilung bei Drittmisbrauch	133
a. Einführung	133
b. Der Kartenemissionsvertrag.....	134
1.) Haftungsgrundsatz und vertragliche Schadensersatzansprüche	134
a.) Pflichten des Karteninhabers.....	134
b.) Pflichten des Kartenemittenten	136
2.) Vertragliche Haftungsbeschränkungen	137
3.) Haftungsregelungen für Fernabsatzgeschäfte	138
4.) Die Zulässigkeit abweichender Vertragsklauseln.....	138
c. Besonderheiten bei der Debitkartenzahlung.....	139
d. Analoge Anwendung des Art.156 LCC auf kartengestützte Zahlungen	139
III. Das Lastschriftverfahren (<i>domiciliación de recibos</i>)	140
1. Wesen und Rechtsgrundlage des Lastschriftverfahrens	140
2. Die einzelnen Rechtsverhältnisse	140
a. Das Rechtsverhältnis zwischen Zahler und Zahlstelle	140
b. Das Rechtsverhältnis zwischen den beteiligten Banken.....	142
c. Das Rechtsverhältnis zwischen Zahler und Zahlungsempfänger	142
d. Das Rechtsverhältnis zwischen Inkassostelle und Zahlungsempfänger.....	142
3. Haftungsrisikoverteilung bei Drittmisbrauch	143
a. Haftung Dogmatische Lösung	143
1.) Verwahrungsvertraglicher Auszahlungsanspruch des Zahlers	143
2.) Schadensersatz wegen vertraglicher Pflichtverletzung	143
b. Analoge Anwendung des Art.156 LCC.....	144
c. Ergebnis Missbrauchsrisikoverteilung im Lastschriftverkehr	145
IV. Beweisrecht.....	145
1. Grundlagen des spanischen Beweisrechts	145
2. Beweisrechtliche Besonderheiten bei Missbrauch im bargeldlosen Zahlungsverkehr	146
a. Beweislage bei Fälschung einer unterschrittsgebundenen Anweisung	147
b. Beweislage bei Verfälschung einer unterschrittsgebundenen Anweisung	147
c. Beweiswert der bankeigenen Computerprotokolle	147
d. Die Gefährdungshaftung gemäß Art.156 LCC.....	149
V. Zusammenfassung der Rechtslage in Spanien.....	149
Kapitel 3: Die harmonisierte Missbrauchshaftung in der europäischen	
Zahlungsdiensterichtlinie 2007/64/EG	153
A. Ein neuer Rechtsrahmen für den bargeldlosen Zahlungsverkehr im europäischen	
Binnenmarkt.....	153
I. Rechtspolitischer Hintergrund der Richtlinie 2007/64/EG	153
II. Regelungsgehalt und Systematik der Zahlungsdiensterichtlinie.....	154
B. Die Zuordnung des Drittmisbrauchsrisikos in der Richtlinie	156
I. Einleitung	156
II. Grundstruktur der Haftungsrisikoverteilung	157

1. Autorisierung.....	157
2. Pflichten und Obliegenheiten von Zahler und Zahlungsdienstleister	158
a. Pflichten des Zahlungsdienstnutzers	158
b. Pflichten des Zahlungsdienstleisters	158
c. Obliegenheit des Zahlungsdienstnutzers zur Mitteilung defektbehafteter Zahlungsvorgänge	159
3. Die zentralen Haftungsregelungen im Einzelnen	159
a. Der Haftungsgrundsatz des Art.60 ZDR.....	159
b. Haftung des Zahlers bei nicht autorisierter Nutzung eines Zahlungsinstruments	160
c. Fristen für die Durchsetzung der Ansprüche.....	161
d. Die Erstattung eines von einem oder über einen Zahlungsempfänger ausgelösten Zahlungsvorgangs.....	161
III. Abdingbarkeit der Vorschriften durch die Vertragsparteien	162
IV. Explizite Umsetzungsspielräume der Mitgliedstaaten	163
1. Kleinstunternehmen	163
2. Innerstaatliche Zahlungsvorgänge unter Verwendung von Kleinstbezahlungsinstrumenten	163
3. Herabsetzung der Haftung des Zahlers bei unautorisierter Nutzung des Zahlungsinstruments	164
V. Beweislastregelungen	164
1. Beweisführung über die Autorisierung des Zahlungsvorgangs durch den Zahlungsdienstnutzer	164
2. Der Beweiswert der Aufzeichnungen über die Nutzung eines Zahlungsinstruments	165
C. Eine wertende Untersuchung der Haftungsregelungen.....	166
I. Einleitung	166
1. Die Zielvorgaben der Erwägungsgründe als Bewertungsgrundlage.....	166
2. Eine (wohlfahrts-) ökonomische Analyse als Bewertungsgrundlage für die Haftungsregelungen?	167
II. Regelungsbedarf im Kontext europäischer Rechtssetzungskompetenz.....	169
III. Die einzelnen Steuerungsziele	171
1. Vertrauensstärkung des Zahlungsdienstnutzers zugunsten der Wettbewerbsfreiheit	171
2. Rechtssicherheit.....	172
a. Die Anscheinsvermutung bei Computerprotokollen über PIN-gestützte Zahlungen.....	172
b. Der Rechtscharakter des <i>Banking Code</i> und des <i>Business Banking Code</i> in England.....	174
c. Die Anwendbarkeit des Art.156 LCC im spanischen Recht	174
d. Mangelnde Bestimmtheit der Sorgfaltspflichten von Zahlungsdienstnutzer und Zahlungsdienstleister	175
e. Die Abgrenzung verschiedener Verschuldensgrade.....	177
f. Abschließende Betrachtung zur Rechtssicherheit	177
3. Verminderung des Missbrauchsaukommens	178
a. Haftung als geeignete Maßnahme zur Missbrauchsprävention	178
b. Verhaltenssteuerung des Zahlungsdienstnutzers	180
1.) Die <i>rational-choice</i> -Annahme	180
2.) Zur Steuerungswirkung der Haftungsordnung der Richtlinie generell	182
3.) Zu den Haftungselementen im Einzelnen.....	184
a.) Die Haftung des Zahlungsdienstnutzers gemäß Art.61 I Alt.1 ZDR	184
b.) Die Haftung des Zahlungsdienstnutzers gemäß Art.61 I Alt.2 ZDR	184
c.) Die Haftung des Zahlungsdienstnutzers gemäß Art.61 II ZDR	185
d.) Keine unverzügliche Anzeige unautorisierter Zahlungsvorgänge, Art.58 ZDR	185

e.) Die Beweisregelung des Art.59 II ZDR	186
c. Verhaltenssteuerung des Zahlungsdienstleisters.....	187
d. Abschließende Betrachtungen zur Minderung des Missbrauchsaufkommens.....	188
4. Verbraucherschutz	189
a. Die einzelnen Strukturelemente der Haftungsrisikoverteilung mit Blick auf die untersuchten nationalen Haftungsordnungen.....	190
1.) Entlastende Strukturelemente	190
a.) Haftungsgrundsatz (Art.60 I ZDR)	190
b.) Weitergehende finanzielle Entschädigung (Art.60 II ZDR)	191
c.) Haftungsausschluss des Zahlungsdienstnutzers nach Art.61 IV ZDR	191
d.) Haftungsausschluss des Zahlungsdienstnutzers nach Art.61 V ZDR	192
e.) Erstattungsanspruch des Zahlungsdienstnutzers gemäß Art.62 I ZDR	192
f.) Der Grundsatz der Beweislast nach Art.59 I ZDR.....	194
2.) Belastende Strukturelemente.....	194
a.) Präklusion des Berichtigungsanspruchs des Zahlungsdienstnutzers bei nicht unverzüglicher Anzeige eines unautorisierten Zahlungsvorgangs nach Art.58 ZDR...	194
b.) Selbstbeteiligung des Zahlungsdienstnutzers von bis zu 150 Euro gemäß Art.61 I ZDR	195
c.) Volle Haftung des Zahlungsdienstnutzers gemäß Art.61 II ZDR	196
d.) Beweiswert der Aufzeichnungen eines Zahlungsvorgangs gemäß Art.59 II ZDR..	196
b. Abschließende Betrachtungen zum Verbraucherschutz	197
IV. Grundpostulat eines angemessenen Interessenausgleichs	197
1. Verhaltensunabhängige Strukturelemente	200
a. Der Haftungsgrundsatz des Art.60 I ZDR	200
b. Die Haftung des Zahlungsdienstnutzers von bis zu 150 Euro nach Art.61 I Var.1 ZDR..	200
c. Die Haftung des Zahlungsdienstleisters nach Verlustanzeige gemäß Art.61 IV ZDR.....	201
d. Der Erstattungsanspruch des Zahlungsdienstnutzers gemäß Art.62 I ZDR.....	202
2. Verhaltensabhängige Strukturelemente.....	203
a. Die limitierte Haftung des Zahlungsdienstnutzers gemäß Art.61 I Var.2 ZDR	203
b. Die volle Haftung des Zahlungsdienstnutzers gemäß Art.61 II ZDR	204
c. Die volle Haftung des Zahlungsdienstleisters gemäß Art.61 V ZDR	205
d. Die volle Haftung des Zahlungsdienstnutzers wegen Präklusion des Berichtigungsanspruchs nach Art.58 ZDR	206
3. Kritik: Keine Regelungen für Mitverschulden des Zahlungsdienstleisters	207
V. Zusammenfassung der wesentlichen Kritikpunkte	208
1. Haftung des Zahlungsdienstnutzers i.H.v. bis zu 150 Euro gemäß Art.61 I ZDR.....	208
2. Haftung des Zahlungsdienstnutzers gemäß Art.61 II ZDR.....	209
3. Möglichkeit der Prozessvermutung zugunsten der Bank gemäß Art.59 II ZDR.....	210
4. Präklusion des Berichtigungsanspruchs des Zahlungsdienstnutzers gemäß Art.58 ZDR	210
5. Keine Berücksichtigung von Pflichtverletzungen und Mitverschulden des Zahlungsdienstleisters.....	211
6. Keine umfassende Harmonisierung beiderseitiger Sorgfaltspflichten	211
Zusammenfassung der Ergebnisse und Ausblick	213
Literaturverzeichnis	219

Abkürzungsverzeichnis

a.A.	andere Ansicht
A.C.	Law Reports, Appeal Cases
a.E.	am Ende
A.E.R.	All English Law Reports
AAV	Abbuchungsauftragsverfahren
abgedr.	abgedruckt
Abl EG	Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaft
AC	Aranzadi Civil
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
AG	Amtsgericht
AGB	Allgemeine Geschäftsbedingungen
AGB-Banken	Allgemeine Geschäftsbedingungen der Banken
Anh.	Anhang
Art.	Artikel
ausf.	ausführlich
BACS	Banker's Automated Clearing Services Limited
Bank.L.R.	Banking Law Reports
BAnz	Bundesanzeiger
BBC	Business Banking Code (bzw. Business Banking Code of Practise)
BBkG	Gesetz über die Deutsche Bundesbank
BC	Banking Code (bzw. Code of Banking Practice)
Bd.	Band
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BIC	Bank Identifier Code
BOE	Boletín Oficial del Estado
BT	Bundestag
BuB	Bankrecht und Bankpraxis
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
CC	Código Civil
CCA	Consumer Credit Act 1974
CCom	Código de Comercio
CDC	Cuaderno de Derecho y Comercio
CE	Constitución Española
CPDSR	Consumer Protection (Distance Selling) Regulations 2000
CR	Computer und Recht
CR	Computer und Recht
d.h.	das heißt
DDI	Direct Debit Instruction
ders.	derselbe
dies.	dieselbe
E.G.L.R.	Estates Gazette Law Reports
E.R.	The English Reports
EEV	Einzugsermächtigungsverfahren
EG	Europäische Gemeinschaft

EGV	Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft
EPC	European Payment Council
EurGRZ	Europäische Grundrechte
EUV	Vertrag über die Europäische Union
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaft
EWiR	Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht
Exch.R.	The Exchequer Reports
exempl.	exemplarisch
EZB	Europäische Zentralbank
f./ff.	folgende
F.A.Z.	Frankfurter Allgemeine Zeitung
Fn.	Fußnote
FS	Festschrift
GS	Gedenkschrift
H & C	Hurlstone & Norman's Exchequer Reports
HGB	Handelsgesetzbuch
i.V.m.	in Verbindung mit
IBAN	International Bank Account Number
insbes.	insbesondere
JZ	Juristenzeitung
K.B.	Law Reports, King's Bench Division
Kap.	Kapitel
krit.	kritisch
KTS	Zeitschrift für Konkurs-, Treuhand- und Schiedsgerichtswesen
L.Q.R.	The Law Quarterly Review
LCC	Ley Cambiaria y del Cheque
LCCon	Ley del Crédito al Consumo
LCGC	Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación
LEC	Ley de Enjuiciamiento Civil
LG	Landgericht
LGDCU	Ley General para la defensa de los Consumidores y Usuarios
Lloyd's Rep.	Lloyd's Reports
Lloyd's Rep. Bank.	Lloyd's Reports Banking
LM	Nachschlagewerk des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen, herausgegeben von Lindenmaier und Möhring
LOCM	Ley de Ordenación del Comercio Minorista
LOPJ	Ley Orgánica del Poder Judicial
Ltd	Limited
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
Mio.	Million
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NJW-CoR	NJW-Computerreport
NJW-RR	NJW-Rechtsprechungs-Report
Nr.	Nummer
NVwZ-RR	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht - Rechtsprechungs-Report
OLG	Oberlandesgericht
P.I.Q.R.	Personal Injuries and Quantum Reports
PIN	Persönliche Identifikationsnummer
POS	Point of Sale

Q.B.	Law Reports, Queen's Bench Division
R.Ar.	Aranzadi, Repetorio de Jurisprudencia
R.D.M.	Revista de Derecho Mercantil
R.T.R.	Road Traffic Reports
RabelsZ	Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht
RDBB	Revista de Derecho Bancario y Bursátil
RGD	Revista General de Derecho
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
RJ	Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi
RJCat	Revista Jurídica de Cataluña
RL	Richtlinie
RLL	Revista Jurídica Española La Ley
Rn.	Randnummer
RVO	Reichsversicherungsordnung
S.	Seite
S.Z.	Süddeutsche Zeitung
SAP	Sentencia de la Audiencia Provincial (Urteil der <i>Audiencia Provincial</i>)
SEPA	Single European Payments Area
SJPI	Sentencia de Primera Instancia (erstinstanzliches Urteil)
SNCE	Sistema Nacional de Compensación Nacional Electrónica
sog.	sogenannt
st. Rspr.	ständige Rechtsprechung
str.	strittig
STS	Sentencia del Tribunal Supremo (Urteil des Obersten Gerichtshofs)
T.L.R.	The Times Law Reports
TAN	Transaktionsnummer
UA	Unterabsatz
UCTA	Unfair Contract Terms Act 1977
UTCCR	Unfair Terms in Consumer Contracts Regulations 1999
v	versus
Var.	Variante
VersR	Versicherungsrecht
vgl.	vergleiche
Vol.	Volume
VuR	Verbraucher und Recht
W.L.R.	Weekly Law Reports
WM	Wertpapiermitteilungen
WuB	Wirtschafts- und Bankrecht
z.B.	zum Beispiel
z.T.	zum Teil
ZBB	Zeitschrift für Bankrecht und Bankwirtschaft
ZDR	Zahlungsdiensterichtlinie
ZEuP	Zeitschrift für Europäisches Privatrecht
zit.	zitiert
ZPO	Zivilprozessordnung
ZVglRWiss	Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft

Kapitel 1: Einführung

A. Gegenstand und Gang der Untersuchungen

Zentraler Untersuchungsgegenstand dieses Beitrags ist die Zuordnung des Risikos für den Drittmisbrauch bestimmter bargeldloser Zahlungsmittel im Bank-Kunden-Verhältnis. Begrifflich ist Missbrauch in diesem Kontext zu verstehen als jede bewusst unberechtigte Veranlassung eines Zahlungsvorgangs. Als *Drittmisbrauch* ist die Tat zu bezeichnen, wenn der Missbrauchstäter weder aus der Sphäre der Bank stammt, noch in der Person des Kunden selbst liegt, sondern wenn der Missbrauch von einer dritten Person durchgeführt wird. Das *Drittmisbrauchsrisiko* beschreibt die Gefahr des Eintritts wirtschaftlicher Verluste, die durch den Missbrauch verursacht werden. Ist ein Zahlungsbetrag aufgrund mangelnder Identifizierbarkeit des Missbrauchstäters nicht zugunsten der Bank oder des Kunden rückführbar, verwirklicht sich das typische Missbrauchsrisiko.

Durch Schaffung der Richtlinie 2007/64/EG des Europäischen Parlaments und des Rats vom 13. November 2007 über Zahlungsdienste im Binnenmarkt (kurz: Zahlungsdiensterichtlinie, ZDR) wurde in die europaweit bestehende, vornehmlich nationalrechtlich geprägte Zuordnung des Drittmisbrauchsrisikos im bargeldlosen Zahlungsverkehr erheblich eingegriffen: Der vierte Titel der Richtlinie enthält eine Reihe detaillierter zwingender Bestimmungen über die Haftung für unautorisierte bargeldlose Zahlungsvorgänge, die bis zum 31. Oktober 2009 in nationales Recht umzusetzen sind und den mitgliedstaatlichen Gesetzgebern die Abschaffung bestehender abweichender nationaler Regelungen abverlangen.

Gleichwohl handelt es sich bei den vom europäischen Gesetzgeber geschaffenen Haftungsregelungen nicht um einen vom bestehenden nationalen Haftungsrecht strikt trennbaren Regelungskomplex. Vielmehr orientierte sich der Gemeinschaftsgesetzgeber an nationalen Strukturen, gewährt den mitgliedstaatlichen Gesetzgebern zudem entscheidende Spielräume bei der Umsetzung der Richtlinienbestimmungen und unterlässt hinsichtlich gewisser Regelungsaspekte eine Harmonisierung zugunsten des partiellen Fortbestands bestehender Strukturen. Durch die Neuordnung des Drittmisbrauchsrisikos werden die nationalen Strukturen also nicht vollständig suspendiert, sondern lediglich modifiziert und ergänzt.

Um das Zusammenspiel nationaler und gemeinschaftsrechtlicher Regelungen zu erfassen und zu bewerten, gewährt der letzte Abschnitt des ersten Kapitels dieser Dissertation zunächst einen Blick auf bereits bestehende gemeinschaftsrechtliche Harmonisierungsregelungen zur Zuordnung des Drittmisbrauchsrisikos. Im zweiten Kapitel werden der bargeldlose Zahlungsverkehr und die Drittmisbrauchshaftung ausgewählter mitgliedstaatlicher Rechtsordnungen vorgestellt. Einerseits zielt die Gegenüberstellung der nationalen Haftungsordnungen als erkenntnisbringende Rechtsquelle auf ein besseres Verständnis des europäischen Zahlungsverkehrs ab. Auch wenn sich mit Blick auf die mitgliedstaatliche Umsetzung der Zahlungsdiensterichtlinie gewisse Veränderungen des nationalen Zahlungsverkehrsrechts abzeichnen, werden seine nationalen Grundstrukturen erhalten bleiben. Andererseits erfüllt die Gegenüberstellung der verschiedenen Rechtsordnungen die Funktion einer Vergleichs- und Bewertungsgrundlage für die neue Drittmisbrauchshaftung der Zahlungsdiensterichtlinie. Zur Untersuchung der Richtlinienregelungen erscheint es im europäischen Kontext gewinnbringend, sich bei der Auswahl einer Vergleichsgrundlage nicht auf bestehende deutsche Regelungsstrukturen zu beschränken. Trotzdem wird ein Blick auf das eigene deutsche Zahlungsverkehrsrecht im Rahmen der vergleichenden Betrachtungen in diesem Beitrag nicht ausbleiben. Neben der deutschen wird außerdem die englische Rechtsordnung als Vergleichsgrundlage heran-

gezogen. Ihre Prägung durch das *Common Law* verschafft ihr als Untersuchungsgegenstand aus deutscher Perspektive einen besonderen Reiz. Den rechtsvergleichenden Teil dieser Arbeit abschließen wird eine Analyse des spanischen Zahlungsverkehrsrechts.

Kapitel drei beschäftigt sich schließlich mit der harmonisierten Missbrauchshaftung der Zahlungsdiensterichtlinie. Eine kurze Einführung verrät ihren rechtspolitischen Hintergrund und ihre wesentlichen Inhalte und Strukturen. Anschließend erfolgt eine detaillierte Analyse der Richtlinienregelungen über die Zuordnung des Drittmissbrauchsrisikos hinsichtlich der von der Richtlinie erfassten Zahlungsmittel.

Ein Blick auf die zuvor dargestellten nationalen Rechtsordnungen hilft, die Vorschriften auf Grundlage der in ihren Erwägungsgründen genannten Zielvorgaben einer wertenden Analyse zuzuführen. Zu den vom Gemeinschaftsgesetzgeber aufgeführten Zielen der Zahlungsdiensterichtlinie gehören die Verbesserung von Wettbewerbsfreiheit und Rechtssicherheit, die Verminderung des Missbrauchsaufkommens und die Stärkung des Verbraucherschutzes. Die deutsche, englische und spanische Rechtsordnung werden exemplarisch herangezogen, um Aufschluss darüber zu geben, ob die Richtlinienbestimmungen den angestrebten Zielvorgaben tatsächlich entsprechen. Grundlage dieser Untersuchung ist die These, dass die Haftungsregelungen der Zahlungsdiensterichtlinie von einigen Zielvorgaben abweichen, ohne dabei anderen förderlich zu sein. Mit anderen Worten: Die Zielvorgaben werden nicht konsequent verfolgt; trotz der durch die unterschiedlichen und zum Teil konfligierenden Bestrebungen entstehenden mehrschichtigen Interessenlage sind Lösungen zugunsten einzelner Zielvorgaben denkbar, ohne den übrigen Zielen des Gemeinschaftsgesetzgebers abträglich zu sein. Diese Grundthese wird unter vergleichendem Rückgriff auf die untersuchten nationalen Rechtsordnungen bestätigt. Tatsächlich sind eklatante Diskrepanzen zwischen der möglichen Annäherung an die vom Gemeinschaftsgesetzgeber formulierten Zielvorgaben und der Haftungsordnung der Zahlungsdiensterichtlinie erkennbar. Gewisse Umsetzungsspielräume im Regelungswerk der Richtlinie erlauben den mitgliedstaatlichen Gesetzgebern allerdings, einige der Abweichungen durch korrigierende nationale Gesetzgebung auszuräumen. Entsprechende Umsetzungsvorschläge werden am Ende dieses Beitrags als Appell an die mitgliedstaatlichen Gesetzgebungsorgane gesondert aufgeführt. Diese Arbeit versteht sich insofern als beständiger Aufruf zur Überprüfung nationaler Umsetzungslösungen auf ihre Konformität mit den der Richtlinie zugrunde liegenden rechtspolitischen Bestrebungen.

Unbeschadet konkreter mitgliedstaatlicher Umsetzungsgesetze bleibt die Zahlungsdiensterichtlinie Kernstück der neuen Drittmissbrauchszuordnung. Denn aufgrund des Vollharmonisierungsansatzes gemäß Art.86 der Zahlungsdiensterichtlinie haben sich die nationalen Regelungen streng an die Richtlinienvorgaben zu halten, sind im Zweifel richtlinienkonform auszulegen und treten im Konfliktfall wegen des Ablaufs der Umsetzungsfrist am 31. Oktober 2009 hinter den Richtlinienbestimmungen im Wege unmittelbarer Richtlinienanwendung zurück.

B. Bargeldloser Zahlungsverkehr und Drittmissbrauch in Europa

Analysiert werden nachfolgend die in der Praxis etabliertesten von der Zahlungsdiensterichtlinie erfassten Zahlungsverfahren, denn mit ihrer Verbreitung korreliert ein hohes Missbrauchsaufkommen mit enormem Schadensvolumen im Bank-Kunden-Verhältnis. Aufgeführt in Nr.4 des Anhangs der Richtlinie, gehören hierzu das Lastschriftverfahren, Kartenzahlungen und die Überweisung. Eine kurze Bestandsaufnahme von Zahlungsaufkommen und Transaktionsvolumen der einzelnen

Zahlverfahren reflektiert ihre außerordentliche praktische Bedeutung für die in diesem Beitrag berücksichtigten Länder:

Wichtigstes bargeldloses Zahlungsmittel in Deutschland ist die Überweisung.¹ Zu bemerken sind der kontinuierliche Rückgang beleghafter Überweisungen² und die stabile Zunahme des *Internet-Banking*.³ Auch das Lastschriftverfahren ist aufgrund seiner Verbreitung von zentraler Bedeutung für den deutschen Zahlungsverkehr.⁴ Neben der Debitkartenzahlung⁵ hat sich das Kreditkartengeschäft in den vergangenen Jahren zunehmend etabliert.⁶ In Großbritannien⁷ ging die Anzahl beleghafter Überweisungstransaktionen in den vergangenen Jahren ebenfalls deutlich zurück,⁸ während sich Zahlungskarten ungebremsster Beliebtheit erfreuen.⁹ Insbesondere spielt auch das *direct debit*-Zahlungssystem eine gewichtige Rolle im britischen Zahlungsverkehr.¹⁰ Auch der spanische bargeldlose Zahlungsverkehr wird dominiert von Überweisung, Kartenzahlungen und Lastschriftverfahren.¹¹

Der überragenden Stellung der genannten Zahlverfahren gegenüber steht die zunehmende Professionalisierung des Drittmisbrauchs im bargeldlosen Zahlungsverkehr.¹² Die Standardisierung der Zahlverfahren und die mit ihr einhergehende Vereinheitlichung der Sicherheitsmerkmale offenbaren weitgehend homogene Systemsicherheitslücken, deren professionelle kriminelle Ausnutzung für

¹ Im Jahr 2006 wurden 7,26 Milliarden Überweisungen mit einem Transaktionswert von über 31,71 Billionen Euro von Nichtbanken vorgenommen (Statistik der Bundesbank, Stand Januar 2008, zuletzt abgerufen am 18.03.2009 unter: http://www.bundesbank.de/download/zahlungsverkehr/zv_statistik.pdf). Dies entspricht etwa 42 % des gesamten Aufkommens und fast 88 % des Gesamtwerts aller bargeldlosen Zahlungstransaktionen im Land.

² Nach 1,225 Mrd. Transaktionen im Jahr 2002 nahm die Zahl stetig ab auf 1,044 Mrd. Transaktionen im Jahr 2006 (Statistik der Bundesbank, vgl. vorige Fn.).

³ Das Transaktionsvolumen stieg von 767,65 Millionen Überweisungen im Verfahren des Online-Banking im Jahr 2002 auf 1,817 Mrd. im Jahr 2006 (Statistik der Deutschen Bundesbank, vgl. Fn.1).

⁴ Im Jahr 2006 wurden 7,36 Milliarden Lastschrift-Zahlungsvorgänge mit einem Gesamttransaktionswert von 3,665 Billionen Euro durchgeführt (Statistik der Deutschen Bundesbank, vgl. Fn.1).

⁵ Zum Ende des Jahres 2006 waren in Deutschland fast 90 Millionen Debitkarten mit Zahlungsfunktion im Umlauf, mit denen 2,026 Milliarden Zahlungsvorgänge in einem Gesamtwert von 123,84 Milliarden Euro vorgenommen wurden (Statistik der Deutschen Bundesbank, vgl. Fn.1).

⁶ Die Zahl an Kreditkartengeschäften stieg von 2002 bis zum Jahr 2006 kontinuierlich von 328,57 auf 408,81 Millionen pro Jahr. Allein 2006 wurden 39,32 Milliarden Euro unter Verwendung von Kreditkarten umgesetzt (Statistiken der Deutschen Bundesbank, vgl. Fn.1).

⁷ Gegenüber britischen liegen separate Statistiken über den englischen Zahlungsverkehr leider nicht vor.

⁸ 177 Millionen beleghafte Überweisungen im Jahr 1999 gegenüber 111 Millionen im Jahr 2006; die Umsätze sanken in diesem Zeitraum von 139 auf 91 Milliarden Euro pro Jahr (vgl. Statistiken aus dem „Blaubuch“ der Europäischen Zentralbank, Stand August 2007, zuletzt abgerufen am 18.03.2009 unter: <http://www.ecb.int/pub/pdf/other/ecbbbluebooknea200708en.pdf>).

⁹ Im Jahr 2007 waren 165,4 Millionen Zahlungskarten im Umlauf, davon 67,3 Millionen Kreditkarten sowie 5,7 Millionen Chargekarten und 71,6 Millionen Debitkarten. Im selben Jahr wurden 4,9 Milliarden Debitkartentransaktionen mit einem durchschnittlichen Wert von £ 45 und 1,9 Milliarden Kredit- und Chargekartenzahlungen mit einem Durchschnittswert von £ 63,22 durchgeführt (vgl. Statistiken des britischen Zahlungsverkehrsverbands APACS, zuletzt abgerufen am 18.03.2009 unter: http://www.apacs.org.uk/resources_publications/card_facts_and_figures.html).

¹⁰ Während des Jahres 2006 wurden in Großbritannien 2,85 Milliarden *direct debit*-Zahlungen vorgenommen, deren Gesamtwert sich auf £ 845 Milliarden belief (vgl. Statistiken aus dem „Blaubuch“ der Europäischen Zentralbank, Stand August 2007, zuletzt abgerufen am 18.03.2007 unter: <http://www.ecb.int/pub/pdf/other/ecbbbluebooknea200708en.pdf>).

¹¹ In Spanien wurden im Jahr 2007 1,17 Milliarden Banküberweisungen i.H.v. insgesamt € 8,05 Billionen und 3,31 Milliarden Lastschriften i.H.v. insgesamt € 1,69 Billionen durchgeführt. Im selben Jahr waren 31,47 Millionen Debit- und 74,96 Millionen Kreditkarten im Umlauf. Mit Zahlungskarten generell erfolgten insgesamt 1,83 Milliarden Zahlungstransaktionen mit einem Gesamtwert von € 89,40 Milliarden (vgl. Statistiken der Spanischen Nationalbank (*Banco de España*), Stand 2007, zuletzt abgerufen am 18.03.2009 unter: http://www.bde.es/sis pago/Dist_Inst_Esp_ES.pdf).

¹² Vgl. zum breiten Spektrum professioneller Missbrauchsvarianten exemplarisch Berichterstattung F.A.Z. v. 11.01.2005, S.19, „Sicherheitslücken bei ec-Karten vermutet, Bundesamt: Banken lassen uns nicht prüfen/ Musterklagen von Verbraucherschützern“, *Hoppe*, *VuR* 2005, 71, 76 f.

Missbrauchstäter hohe Erträge verspricht. Trotz angestrebter Bemühungen zur Eindämmung des Drittmisbrauchs konnten die mitgliedstaatlichen Strafverfolgungsorgane die Entwicklung von Lastschriftverfahren, Überweisung und Kartenzahlungen zu begehrten Missbrauchsubjekten nicht abwenden. Auch wenn offizielle Statistiken gewisse Schwankungen mit teilweise rückläufiger Missbrauchsentwicklung in einzelnen Zahlungsverfahren ausweisen, bleibt das Missbrauchsaufkommen gesamt betrachtet auf einem unnachgiebig hohen Niveau.¹³

Trotz der Vielfalt in der Praxis auftauchender Missbrauchsvarianten, jeweils zugeschnitten auf das entsprechende Zahlungssystem, entsteht in rechtlicher Hinsicht stets ein gleichförmiges Ausgangsproblem: Der Missbrauchstäter als eigentlicher Schädiger ist häufig nicht ermittelbar, denn während des Missbrauchsvorgangs verwendet er auf seine Tarnung regelmäßig besondere Sorgfalt.¹⁴ Obwohl die unmittelbare Schadensverursachung beim Dritten liegt, ist der aus dem Missbrauchsvorgang entstehende finanzielle Ausfall auf Bank und Kunde zu verteilen. In einer Gesamtschau führt Drittmissbrauch im Zahlungsverkehr zu enormen finanziellen Verlusten. Die Zuordnung des Missbrauchsrisikos gibt eine Antwort auf die sowohl für den Kunden als auch für die Bank wirtschaftlich überaus gewichtige Frage: Wer von beiden hat den finanziellen Schaden aus einem Drittmissbrauch zu tragen?

C. Bereits bestehende gemeinschaftsrechtliche Harmonisierungsregelungen zur Zuordnung des Drittmisbrauchsriskos im bargeldlosen Zahlungsverkehr

Vor Schaffung der Zahlungsdiensterichtlinie bestanden auf europäischer Ebene im Bereich des bargeldlosen Zahlungsverkehrs nur vereinzelt harmonisierte Regelungen zur Drittmissbrauchshaftung im Bank-Kunden-Verhältnis.

Verbindliche Vorgaben für die Haftungsrisikoverteilung im kartengestützten Zahlungsverkehr legte allein die Richtlinie 97/7/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Mai 1997 über den Verbraucherschutz bei Vertragsabschlüssen im Fernabsatz (kurz: Fernabsatzrichtlinie)¹⁵ fest. In Art.8 ordnete sie das finanzielle Verlustrisiko aus missbräuchlichen Kartenzahlungen im Fernabsatz grundsätzlich dem Kartenemittenten zu. Allerdings erfasste diese Regelung mit den Missbrauchsgeschehen im Fernabsatz lediglich einen kleinen Teil aller Missbrauchssachverhalte im kartengestützten Zahlungsverkehr, obgleich den Mitgliedstaaten die Schaffung weiterreichender Vorschriften freistand.¹⁶ Detailliertere und allgemeingültigere Regelungen zur Missbrauchshaftung sahen Art.5 ff. der Empfehlung 97/489/EG der Kommission vom 30. Juli 1997 zu den Geschäften, die mit elektronischen Zahlungsinstrumenten getätigt werden (besonders zu den Beziehungen zwischen Emittenten und Inhabern solcher Instrumente),¹⁷ vor. Sie erfassten nicht nur Kartenzahlungen, sondern generell Zahlungstransaktionen, die durch Verwendung „elektronischer Zahlungsinstrumente“ ausgelöst werden.¹⁸ Zu diesen Instrumenten zählen neben Zahlungskarten („Kreditkarten, Debitkarten und Karten, mit denen eine aufgeschobene Kontobelastung aufgegeben wird“) insbesondere auch „Telefon- und home-banking-Anwendungen“.¹⁹ In Ermangelung unmittelbarer oder mittelbarer

¹³ Vgl. Polizeiliche Kriminalstatistik 2007, zuletzt abgerufen am 18.03.2009 unter: <http://www.bka.de/pks/pks2007/index.html>

¹⁴ Hoppe, VuR 2005, 71, 77.

¹⁵ Abgedr. in NJW 1998, 212 ff.

¹⁶ So etwa § 676h BGB, vgl. ausf. in Kap.2 A. II. 1. d. 1.) c.).

¹⁷ Abgedr. im ABl EG 1997 Nr.L 208, 52 ff.

¹⁸ Art.1 I a) der Empfehlung 97/489/EG.

¹⁹ Art.2 b) der Empfehlung 97/489/EG.

rechtlicher Verbindlichkeit gemeinschaftsrechtlicher Empfehlungen für die Mitgliedstaaten²⁰ führte auch die Empfehlung 97/489/EG zu keinen fundamentalen Veränderungen der innereuropäischen Missbrauchshaftung im bargeldlosen Zahlungsverkehr.

Für den Überweisungsverkehr formulierten die Gemeinschaftsorgane durch die Richtlinie 97/5/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27. Januar 1997 über grenzüberschreitende Überweisungen²¹ zwar eine Reihe verbindlicher Harmonisierungsbestimmungen. Diese enthielten jedoch keine Vorgaben über die Missbrauchshaftung zwischen Bank und Kunde.

Der Lastschriftverkehr wurde von europäischen Harmonisierungsmaßnahmen bis zur Schaffung der Zahlungsdiensterichtlinie nicht berührt. Die Missbrauchshaftung im Bank-Kunden-Verhältnis beurteilte sich bislang nach rein nationalem Recht.

Mit den Regelungen über die Zuordnung des Drittmissbrauchsrisikos greift die Zahlungsdiensterichtlinie insofern in eine von europäischer Harmonisierung bislang nur peripher betroffene Rechtsumgebung ein. Umso fühlbarer werden die zu erwartenden Veränderungen in den nationalen Haftungsordnungen hinsichtlich des Zahlungsverkehrs sein, zumal nicht nur einzelne, sondern die Mehrzahl der wichtigsten bargeldlosen Zahlungsmittel von den Harmonisierungsbestimmungen erfasst werden.

²⁰ Vgl. Art.249 UA V EG; zur „weichen influenzierenden Steuerung“ von europäischen Empfehlungen vgl. Calliess/Ruffert-*Ruffert*, EUV/EGV, EGV Art.249 Rn.126.

²¹ Abgedr. im Abl EG 1997 Nr.L 43, 25 ff.

Kapitel 2: Bargeldloser Zahlungsverkehr und Drittmisbrauchshaftung in Deutschland, England und Spanien

A. Die Rechtslage in Deutschland

I. Die Überweisung

1. Einführung

Die Überweisung zielt darauf ab, Giralgeld von einem Konto abzubuchen und einem anderen gutzuschreiben.²² Ziel ist häufig die Erfüllung eines Anspruchs im Valutaverhältnis zwischen Überweisendem und Überweisungsempfänger.²³ Zwar ist eine Geldschuld bei fehlender anderweitiger Vereinbarung zwischen den Beteiligten grundsätzlich durch Barzahlung zu erfüllen.²⁴ Allerdings können die Parteien ausdrücklich oder konkludent eine Erfüllungszweckabrede abschließen, um auch bargeldlosen Zahlungen Erfüllungswirkung zuzuschreiben.²⁵ Erfüllungswirkung entfalten Überweisungen dann nach Abschluss der Zahlungstransaktion mit Eingang der Deckung beim Kreditinstitut des Empfängers. Zu diesem Zeitpunkt erlangt der Gläubiger vollwertigen Ersatz für das geschuldete Bargeld, denn er erhält einen selbständigen Anspruch gegen die eigene Bank auf Gutschrift des Überweisungsbetrags auf sein Konto.²⁶ Die Überweisungstransaktion ist regelmäßig eingebettet in zwei Giroverhältnisse, die Gläubiger und Schuldner jeweils mit ihrer eigenen Bank unterhalten.²⁷ Angestoßen wird der Zahlungsvorgang vom Überweisenden durch entsprechende Mitteilung an seine kontoführende Bank, die daraufhin das Konto des Überweisenden belastet. Führt der Begünstigte das Zielkonto der Überweisung bei derselben Bankgeschäftsstelle wie der Überweisende, handelt es sich um eine sogenannte Hausüberweisung. Unterhalten Gläubiger und Schuldner zwar nicht bei derselben Filiale, jedoch bei derselben Bank ihr Konto, spricht man von einer Filialüberweisung. Haus- und Filialüberweisung lassen sich zusammenfassen als institutsinterne Überweisungen.²⁸ Bei der institutsinternen Überweisung kann die Bank die Gutschriftsbuchung des Überweisungsbetrags auf dem Zielkonto selbst vornehmen. In den meisten Fällen führen Gläubiger und Schuldner ihr Konto jedoch bei unterschiedlichen Kreditinstituten (institutsfremde Überweisung). Dann müssen diese entweder direkt oder durch weitere zwischengeschaltete Kreditinstitute vertraglich miteinander verbunden sein, damit der zu überweisende Geldbetrag übermittelt und auf dem Gläubigerkonto gutgeschrieben werden kann.²⁹ Zu diesem Zweck werden in Deutschland fünf verschiedene Gironetze von bestimmten Gruppen von Kreditinstituten betrieben. Innerhalb jedes Gironetzes wird die Verrechnung der Ansprüche zwischen den am Gironetz beteiligten Kreditinstituten über netzeigene regionale oder zentrale Clearingstellen vorgenommen.³⁰ Sind erstbeauftragtes Kreditinstitut und Empfängerbank in unterschiedliche Gironetze eingebunden und nicht ausnahmsweise direkt vertraglich miteinander verbunden, wird eine Verbindung der beiden

²² Derleder/Knops/Bamberger-Oechsler, Handbuch zum deutschen und europäischen Bankrecht, § 43 Rn.1; Schimansky/Bunte/Lwowski-Schimansky, Bankrechts-Handbuch, § 48 Rn.1.

²³ Staudinger/Martinek, Einl zu §§ 676a-676h Rn.12.

²⁴ BGHZ 87, 156, 163.

²⁵ Langbucher/Gößmann/Werner-Langenbucher, Zahlungsverkehr, § 1 Rn.128.

²⁶ Siehe am Ende dieses Gliederungsabschnitts.

²⁷ Staudinger/Martinek, § 676a Rn.5.

²⁸ Staudinger/Martinek, Einl zu §§ 676a – 676h Rn.8.

²⁹ Einsele, Bank- und Kapitalmarktrecht, § 6 Rn.109.

³⁰ Schimansky/Bunte/Lwowski-Schimansky, Band I, 2. Aufl., § 46 Rn.8.

Kreditinstitute in der Regel über die Clearingstellen oder das Netz der Deutschen Bundesbank hergestellt, zu deren Aufgabenbereich auch die Gewährleistung eines funktionierenden Zahlungsverkehrsnetzes gehört.³¹ Das Gironetz der Deutschen Bundesbank mit ihren Landeszentralen als Hauptverwaltungen kann nicht nur von den eigenen Clearingstellen, sondern von jedem Kreditinstitut in Anspruch genommen werden, das ein Girokonto mit direktem Zugang zum Zahlungsverkehrsverfahren der Bundesbank bei der regionalen Landeszentralbank unterhält.³² Die Übermittlung der Überweisungsdaten richtet sich üblicherweise nach dem zwischen den Spitzenverbänden des deutschen Bankgewerbes abgeschlossenen Abkommen zum Überweisungsverkehr.³³ Zwischen den einzelnen Kreditinstituten innerhalb einer Überweisungskette bestehen selbständige zweiseitige Geschäftsbesorgungsverhältnisse³⁴ in Form von Zahlungsverträgen nach § 676d BGB.³⁵ Inhaltlich verpflichtet der Zahlungsvertrag die zwischengeschaltete Bank gemäß § 676d I BGB zur Weiterleitung des Überweisungsvertrags an ein weiteres Kreditinstitut oder an das Kreditinstitut des Begünstigten. Außerdem begründet er gemäß § 676d II BGB eine Reihe von Nebenpflichten, wie etwa die Weitergabe der überweisungsrelevanten Daten und die Rückleitung des Überweisungsbetrags an das überweisende Kreditinstitut bei rechtzeitiger Rückleitungsmitteilung durch das überweisende Kreditinstitut.³⁶ Weder die zwischengeschalteten Banken noch die Empfängerbank unterhalten Geschäftsbeziehungen zu dem Überweisenden. Eine vertragliche Bankverbindung führt dieser ausschließlich mit dem überweisenden Kreditinstitut.³⁷

Abgesehen vom Fall der Hausüberweisung steht der Überweisungsempfänger weder zum Kreditinstitut des Überweisenden noch zu den zwischengeschalteten Kreditinstituten in Vertragsbeziehungen.³⁸ Für ihn ergeben sich aus der Überweisungstransaktion allein vertragliche Ansprüche gegen die eigene kontoführende Bank. Zentraler Anspruch des Empfängers gegen seine Bank ist derjenige auf Gutschrift des Überweisungsbetrags auf seinem Girokonto gemäß § 676g I 1 BGB als Auskehrungsanspruch auf Herausgabe dessen, was die Bank als seine Beauftragte durch die Geschäftsbesorgung gemäß §§ 667, 675 BGB erlangt hat.³⁹ Der Gutschriftsanspruch entsteht, sobald die Empfängerbank gemäß § 667 BGB „etwas erlangt“. Regelmäßig geschieht dies mit Eingang der Deckung bei der Empfängerbank.⁴⁰ Bei der Hausüberweisung erhält die Empfängerbank die Deckung bereits mit Belastung des Kontos des Überweisenden.⁴¹ Ebenso erlangt sie die Deckung bei der Filialüberweisung schon bei Belastung des Kontos des Überweisenden bei der Absendefiliale.⁴² Im Rahmen einer institutsfremden Überweisung geht die Deckung erst zum Zeitpunkt der Gutschrift auf dem Verrechnungskonto bei der Empfängerbank ein.⁴³

³¹ § 3 S.2 BBkG.

³² Siehe ausf. zum Netz der Deutschen Bundesbank Schimansky/Bunte/Lwowski-Schimansky, Bankrechts-Handbuch, Band I, § 46 Rn.8 ff., Band II § 123 Rn.15 f.

³³ Vgl. BAnz 2002, Nr.12, S.780; BAnz 2001, S.21894.

³⁴ Schimansky/Bunte/Lwowski-Schimansky, Bankrechts-Handbuch, Band I, § 49 Rn.131.

³⁵ Kümpel, Bank- und Kapitalmarktrecht, Rn.4.245 ff.

³⁶ Vgl. Gößmann in FS-Kümpel, 153, 157.

³⁷ Langenbucher/Gößmann/Werner-Langenbucher, Zahlungsverkehr, § 1 Rn.91.

³⁸ Langenbucher/Gößmann/Werner-Langenbucher, Zahlungsverkehr, § 1 Rn.120.

³⁹ Derleder/Knops/Bamberger-Meder, Handbuch zum deutschen und europäischen Bankrecht, § 44 Rn.5.

⁴⁰ Derleder/Knops/Bamberger-Meder, Handbuch zum deutschen und europäischen Bankrecht, § 44 Rn.6.

⁴¹ BGH WM 1986, 1409.

⁴² BGHZ 26, 1, 5.

⁴³ BGH WM 1978, 58, 59.

2. Das Rechtsverhältnis zwischen Bank und Kunde

Im Deckungsverhältnis⁴⁴ zwischen Bank und Kunde ist eine Überweisungstransaktion regelmäßig in einen Girovertrag eingebettet, in dessen Rahmen der Überweisende bei seiner Bank ein Girokonto führt. Als Rahmenvertrag verpflichtet der Girovertrag die Bank zur Ausführung von Weisungen des Kunden, die neben weiteren Bankgeschäften die Durchführung verschiedener Zahlungstransaktionen, wie auch der Überweisung, zum Inhalt haben können.⁴⁵

Ausgangspunkt und Grundlage jeder ordnungsmäßigen Überweisung ist der Abschluss eines wirklichen Überweisungsvertrags, der die einzelnen Pflichten bei der Durchführung der Zahlungstransaktion konkretisiert.⁴⁶ Als Sonderform des Geschäftsbesorgungsvertrags mit werkvertraglichem Charakter⁴⁷ hat der Überweisungsvertrag in Umsetzung der gemeinschaftsrechtlichen Überweisungsrichtlinie⁴⁸ in §§ 676a-c BGB als eigenständige Vertragsform gesetzlichen Niederschlag gefunden.⁴⁹ Gemäß § 675 I BGB sind ergänzend zu den Spezialregelungen der §§ 676a-c BGB die auftragsrechtlichen Vorschriften der §§ 662 ff. BGB anwendbar. Zur Konkretisierung der sich aus dem Überweisungsvertrag ergebenden beiderseitigen Rechten und Pflichten bedienen sich sowohl die Privatbanken⁵⁰ als auch die Sparkassen⁵¹ überwiegend einheitlicher Musterbedingungen (Überweisungsbedingungen).

Auf Seite des überweisenden Kreditinstituts steht dabei die Pflicht zur Durchführung der Überweisungstransaktion im Vordergrund. Dabei ist zu unterscheiden zwischen Einzelüberweisung, Dauerauftrag und Sammelüberweisung. Während die Einzelüberweisung auf die Durchführung einer einzelnen Überweisungstransaktion abzielt, besteht eine Sammelüberweisung aus mehreren Einzelaufträgen, die auf einem vom Überweisenden zu unterschreibenden Sammelverzeichnis zusammenge-

⁴⁴ Vgl. zu den Rechtsbeziehungen im Überweisungsverkehr anschaulich Schimansky/Bunte/Lwowski-Schimansky, Bankrechts-Handbuch, Band I, § 46 Rn.20; Langenbucher/Gößmann/Werner-Langenbucher, Zahlungsverkehr, § 1 Rn.133.

⁴⁵ Schimansky/Bunte/Lwowski-Schimansky, Bankrechts-Handbuch, Band I, § 47 Rn.22.

⁴⁶ Schimansky/Bunte/Lwowski-Schimansky, Bankrechts-Handbuch, Band I, § 47 Rn.22.

⁴⁷ Staudinger/Martinek, § 676 a Rn.1.

⁴⁸ EG-Richtlinie 97/5/EG (Abl. EG Nr. L 43 v. 14.02.1997, S.25 ff.) vom 27. Januar 1997 über grenzüberschreitende Überweisungen.

⁴⁹ Durch das Überweisungsgesetz vom 21. Juli 1999 (BGBl. II, S.1642 ff.) in das BGB aufgenommen, traten die §§ 676a-c BGB am 14. August 1999 in Kraft. Ihre Anwendung beschränkte sich allerdings zunächst auf die Vorgaben der Richtlinie und erfasste ausschließlich grenzüberschreitende Überweisungen innerhalb der EU und in Vertragsstaaten des Europäischen Wirtschaftsraums, vgl. Art.228 II EGBGB. Indem innerdeutsche Überweisungen sowie Überweisungen in andere Staaten als Mitgliedstaaten der EU und Vertragsstaaten des Europäischen Wirtschaftsraums zunächst vom Anwendungsbereich der neuen Regelungen ausgeschlossen waren, wurde den Kreditinstituten eine zweijährige Frist zur Umstellung auf die neue rechtliche Ausgestaltung des Überweisungsverkehrs eingeräumt (vgl. Staudinger/Martinek, Einl zu §§ 676 a-676 h Rn.4). Durch sie wurde berücksichtigt, dass die Kreditinstitute die bestehenden Zahlungsverkehrsabkommen auf die neue gesetzliche Ausgestaltung des Überweisungsrechts abstimmen und modifizieren mussten. Außerdem sollte die Umstellung der EDV-Systeme auf das neue Überweisungsrecht erst nach der Überwindung des Jahr-2000-Problems erfolgen, welches den Banken erhebliche EDV-technische Schwierigkeiten bereitete (Gößmann/Look, WM Sonderbeilage 1/2000, S.14). Um eine Spaltung des Überweisungsrechts zu verhindern, entschied sich der Gesetzgeber dafür, die Übergangsregelung zum 1. Januar 2002 auslaufen und §§ 676a-c BGB über die Vorgaben der Überweisungsrichtlinie hinaus auch für inländische Überweisungen und Überweisungen in Staaten außerhalb Europas Anwendung finden zu lassen. Durch die neuen §§ 676a-c BGB wurde das Überweisungsrecht grundlegend verändert: Stellte die Überweisung ursprünglich lediglich eine unselbständige und widerrufbare Weisung gem. § 665 BGB im Rahmen des Girovertrags dar, wird die Überweisung nun als selbständiger Überweisungsvertrag verstanden, der nur nach Maßgabe des § 676 a III, IV BGB gekündigt werden kann (Staudinger/Martinek, § 676 a Rn.18 ff.; Koziol, Der Überweisungsvertrag, S.1; vgl. zur Veränderung der Rechtslage auch Gößmann in FS-Kümpel, 153 f.).

⁵⁰ http://www.bankenverband.de/pic/artikelpic/022008/ueberweisungsbedingungen_022008.pdf (Stand Februar 2008, zuletzt abgerufen am 18.03.2009).

⁵¹ Vgl. exemplarisch <http://www.spk-kehl.de/download/uebbbed.pdf> (zuletzt abgerufen am 18.03.2009).

fasst sind.⁵² Beim Dauerauftrag wird eine Kette von Einzelaufträgen im Voraus erteilt.⁵³ Jede dieser unterschiedlichen Erscheinungsformen ist als Überweisung i.S.d. § 676a I BGB zu verstehen.⁵⁴

Gemäß § 676c I 3 BGB treten die für die Weiterleitung des Überweisungsbetrags an ein Konto der Empfängerbank zwischengeschalteten Kreditinstitute wie Erfüllungsgehilfen der Empfängerbank in den Zahlvorgang ein.⁵⁵ Da es sich bei dem Überweisungsvertrag nicht um einen Vertrag zugunsten Dritter im Sinne des § 328 I BGB handelt, ist Inhaber des Anspruchs aus § 676a I BGB allein der Überweisende als Vertragspartner des überweisenden Kreditinstituts, nicht hingegen der Zahlungsempfänger.⁵⁶ Die Durchführungsverpflichtung gegenüber dem Überweisenden trifft die Bank nur bei ausreichender Deckung des Girokontos oder bei Einräumung eines ausreichenden Kredits zur Durchführung des Überweisungsauftrags. Der Bank obliegt bei Nichtausführung der Überweisung infolge unzureichender Kontodeckung oder unzureichenden Kredits die Pflicht zur unverzüglichen Anzeige der Nichtausführung gegenüber dem Überweisenden.⁵⁷ Zwar kann der Überweisungsvertrag über die Verpflichtung zur Durchführung hinaus gewisse Schutz- und Warn- sowie Nebenpflichten der Bank gegenüber dem Kunden entfalten. Jedoch sind diese aufgrund des Charakters der Überweisung als Zahlungsmittel des Massenzahlungsverkehrs nur sehr begrenzt.⁵⁸

Je nachdem, ob die Bank den Überweisungsbetrag der in der Überweisungskette nachfolgenden Bank vor oder nach Belastung des Kontos des Überweisenden gutschreibt, ist zentraler Anspruch des überweisenden Kreditinstituts ein Aufwendungsersatzanspruch nach § 670 BGB oder ein Vorschussanspruch gemäß § 669 BGB.⁵⁹ Aus ihm ergibt sich die Berechtigung der Bank zur Belastung des Kontos des Überweisenden in Höhe des Überweisungsbetrags. Ob das überweisende Kreditinstitut gegenüber dem Überweisenden Entgeltansprüche geltend machen kann, richtet sich nach der Vereinbarung zwischen dem Überweisenden und dem überweisenden Kreditinstitut. Darüber hinaus trifft sowohl den Überweisenden als auch die überweisende Bank eine Reihe von Sorgfaltspflichten, deren Missachtung auf beiden Seiten eine Schadensersatzhaftung begründen kann. Diese Pflichten betreffen vor allem Verhaltensweisen zur Vorbeugung von Drittmisbrauch und haben entscheidenden Einfluss auf die haftungsrechtlichen Folgen eines Drittmisbrauchs.⁶⁰

3. Die Zuordnung des Missbrauchsrisikos im Bank-Kunden-Verhältnis

a. Grundsatz der Missbrauchshaftung

Mangels spezialgesetzlicher Rechtsvorschriften bestimmt sich die Zuordnung des Drittmisbrauchsrisikos zwischen Bank und Kunde im Überweisungsverkehr nach allgemeinem Vertragsrecht. Führt der Überweisende bei der überweisenden Bank ein Girokonto, ist diese zu dessen Belastung des Kontos nach geschäftsbesorgungsrechtlichen Grundsätzen nur nach Autorisierung durch den Kontoinhaber befugt. Diese erfolgt durch den Abschluss eines wirksamen Überweisungsvertrags,⁶¹ dessen Zustandekommen sich nach den allgemeinen zivilrechtlichen Vorschriften zum Vertragsschluss der

⁵² Koziol, Der Überweisungsvertrag, S.52.

⁵³ Derleder/Knops/Bamberger-Oechsler, Handbuch zum deutschen und europäischen Bankrecht, § 43 Rn.6.

⁵⁴ Koziol, Der Überweisungsvertrag, S.52.

⁵⁵ Derleder/Knops/Bamberger-Oechsler, Handbuch zum deutschen und europäischen Bankrecht, § 43 Rn.7.

⁵⁶ Derleder/Knops/Bamberger-Oechsler, Handbuch zum deutschen und europäischen Bankrecht, § 43 Rn.7.

⁵⁷ Schwintowski/Schäfer-Schwintowski, § 7 Rn.135.

⁵⁸ Schwintowski/Schäfer-Schwintowski, § 7 Rn.135; m.w.N. Derleder/Knops/Bamberger-Oechsler, Handbuch zum deutschen und europäischen Bankrecht, § 37 Rn.8.

⁵⁹ Derleder/Knops/Bamberger-Oechsler, Handbuch zum deutschen und europäischen Bankrecht, § 37 Rn.9.

⁶⁰ M.w.N. Derleder/Knops/Bamberger-Oechsler, Handbuch zum deutschen und europäischen Bankrecht, § 43 Rn.11; siehe ausf. in Kap.2 A. I. 3. d.

⁶¹ Schimansky/Bunte/Lwowski-Schimansky, Bankrechts-Handbuch, Band I, § 49 Rn.31.

§§ 145 ff. BGB richtet.⁶² Wirksam ist der Überweisungsvertrag demzufolge grundsätzlich nur, wenn die Bank ein vom Zahlungsschuldner ausgehendes Angebot zur Überweisung annimmt.

1.) Der Überweisungsvertrag als zentrale Angriffsfläche für Missbrauch im Überweisungsverkehr

a.) Angebot durch den Überweisenden

Die Erteilung des Überweisungsangebots ist grundsätzlich formfrei möglich.⁶³ In der Praxis lassen die Banken überwiegend jedoch nur einen bestimmten Kanon standardisierter Verfahren zu. Zum einen kann die Bank nur so die rasche technische Abwicklung der Vielzahl von Überweisungstransaktionen im Massenzahlungsverkehr gewährleisten. Zum anderen bewahrt sie sich ein Mindestmaß an beweisrechtlicher Sicherheit zum Nachweis der Abgabe der Überweisungsanweisung durch den Überweisenden. Darüber hinaus ist das Überweisungsangebot ein attraktives Zielobjekt für Missbrauchsaktivitäten unredlicher Dritter, denn kraft ihm lassen sich gezielt und mit wenig Aufwand gewichtige Vermögensverschiebungen vornehmen. Um die drittmisbräuchliche Einflussnahme auf die dem Kontoinhaber zustehende Dispositionsgewalt über sein Konto zu unterbinden, versehen die Banken die zulässigen Formen von Überweisungsangeboten regelmäßig mit Sicherheitsmerkmalen, welche die Verifizierbarkeit der Berechtigung des Initiators des bei der Bank eingehenden Überweisungsauftrags sicherstellen sollen.

In der Praxis hat sich eine Reihe von Standardverfahren zur Abgabe von Überweisungsanträgen etabliert, deren Angriffsflächen für Missbrauch unterschiedlich sind. Die nachfolgend aufgeführten Verfahren beschreiben die derzeit verbreitetsten Ausformungen der in der Praxis zu verzeichnenden Antragsarten. Zu berücksichtigen ist dabei allerdings, dass gerade die modernen Verfahrensformen von den Kreditinstituten fortwährend weiterentwickelt werden und sich zwischen den Instituten insbesondere in sicherheitstechnischen Details voneinander unterscheiden.

(1.) Beleghaftes Überweisungsverfahren

Im Rahmen der beleghaften Überweisung übermittelt der Überweisende der Bank einen schriftlichen Antrag. In der Regel stellen Banken in ihren Filialen Überweisungsdrucke bereit, die vom Überweisenden nur noch auszufüllen sind. Die Ausgestaltung der Drucke richtet sich üblicherweise nach den von den Spitzenverbänden des deutschen Kreditgewerbes vereinbarten „Richtlinien für einheitliche Zahlungsvordrucke“,⁶⁴ nach denen jeder Vordruck bestimmte Datenfelder zu enthalten hat: Name und Bankleitzahl der erstbeauftragten Bank, Name und Kontonummer des Zahlungsempfängers, Kontonummer des Überweisenden, Name und Bankleitzahl des Kreditinstituts des Empfängers, Überweisungsbetrag, Verwendungszweck, Name des Auftraggebers, Kontonummer des Auftraggebers. In der Fußzeile des Überweisungsformulars befindet sich schließlich das Feld für Datum und Unterschrift des Überweisenden. Seit Einführung der SEPA-Überweisung⁶⁵ Ende Januar 2008 kann der Überweisende bei Inlandsüberweisungen statt nationaler Kontonummer und Bankleitzahl auch die internationale Kontonummer (*International Bank Account Number*, kurz: IBAN) und Bankleitzahl (*Bank Identifier Code*, kurz: BIC) verwenden.⁶⁶ Für grenzüberschreitende

⁶² Langenbucher/Gößmann/Werner-Langenbucher, Zahlungsverkehr, § 1 Rn.9 ff.

⁶³ Kümpel, Bank- und Kapitalmarktrecht, Rn.4.165.

⁶⁴ In ihrer Erstfassung erschienen die Richtlinien 1995 und wurden im Jahr 1997 neu formuliert, abgedruckt in ihrer derzeitigen Fassung in Hellner/Steuer, Bankrecht und Bankpraxis, Band 3, 6/40.

⁶⁵ Siehe zum SEPA ausf. in Kap.3 I.

⁶⁶ Vgl. Abschnitt II Nr.1 der Bedingungen für den Überweisungsverkehr.

Überweisungen innerhalb der Europäischen Union und der EWR-Staaten ist die Bereitstellung dieser internationalen Standards für die Kreditinstitute nunmehr verbindlich.⁶⁷

Zentrales Sicherheitsmerkmal der beleghaften Überweisung ist die persönliche und individuelle Unterschrift des Überweisenden. Hat der Überweisende den Vordruck vollständig ausgefüllt, übermittelt er ihn seiner Bank. Erst mit Zugang bei der kontoführenden Bank des Überweisenden wird der Überweisungsantrag wirksam. Dies geschieht, sobald er dergestalt in ihren Machtbereich gelangt ist, dass die Kenntnisnahme eines Sachbearbeiters möglich und nach den Umständen zu erwarten ist.⁶⁸ Reicht der Überweisende den Überweisungsträger während des Geschäftsbetriebs am Schalter der Bank ein, gilt das Angebot sofort als zugegangen. Bei Übermittlung außerhalb der üblichen Geschäftszeiten geht der Bank das Angebot grundsätzlich zu Beginn des nächsten Bankgeschäftstages zu.⁶⁹

Drittmissbrauch im beleghaften Überweisungsverfahren erfolgt typischerweise in zwei unterschiedlichen Tatvarianten: Entweder verändert oder ergänzt der unberechtigte Missbrauchstäter einen tatsächlich vom Berechtigten unterschriebenen Überweisungsträger inhaltlich zu seinen oder eines Dritten Gunsten (etwa die Höhe des Überweisungsbetrags oder den Namen des Adressaten sowie dessen Kontonummer) und reicht ihn anschließend bei der kontoführenden Bank ein, oder der Missbrauchstäter trägt alle überweisungsrelevanten Daten nach seinem Belieben auf dem Überweisungsträger ein und fälscht die Unterschrift des berechtigten Kontoinhabers. Unabhängig von der Missbrauchsvariante führt die Bank den Zahlungsvorgang nach Zugang des vermeintlichen Überweisungsangebots des Berechtigten auf Grundlage des auf dem Überweisungsträger verzeichneten Datensatzes ohne Kenntnis vom Missbrauchsvorgang aus und verschafft dem Missbrauchstäter dadurch, gegebenenfalls unter Einschaltung weiterer Banken, die erstrebte Gutschriftsbuchung auf dem Empfängerkonto.

(2.) Belegloses Verfahren

Im beleglosen Verfahren nimmt der Kunde Überweisungen an einem Kundenterminal der Bank vor, indem er seine EC- oder Kundenkarte unter Eingabe der PIN zur Legitimation in den Terminal einführt. Anschließend nennt er die überweisungsrelevanten Daten und schließt den Vorgang durch Bestätigung der Korrektheit der Eingabe endgültig ab. Die Datensätze des Überweisungsangebots werden direkt in die Rechneranlage der Bank eingespeist.⁷⁰ Dadurch gilt das Überweisungsangebot des Kunden bereits mit Beendigung der Überweisungstransaktion am Terminal als bei der Bank zugegangen. Für den Kunden liegt der Vorzug des beleglosen gegenüber dem beleghaften Verfahren vor allem in der Unabhängigkeit von den Öffnungszeiten der Bank. Um im beleglosen Überweisungsverfahren erfolgreich Drittmissbrauch zu begehen, hat sich der Täter zuvor Besitz von der ec-Karte und Kenntnis von der kartenspezifischen PIN zu verschaffen. In der Praxis liegt das Missbrauchsrisiko bei der beleglosen Überweisung in der unberechtigten Verwendung der Original-EC-Karte durch einen Dritten. Wird die Echtheit der Karte am Überweisungsterminal nicht kraft MM-Merkmal⁷¹ überprüft, besteht zudem die Gefahr des Gebrauchs von Karten-Dubletten.

⁶⁷ Vgl. Abschnitt III Nr. 1.1 der Bedingungen für den Überweisungsverkehr.

⁶⁸ Langenbucher/Gößmann/Werner-Langenbucher, Zahlungsverkehr, § 1 Rn. 17.

⁶⁹ Langenbucher/Gößmann/Werner-Langenbucher, Zahlungsverkehr, § 1 Rn. 17.

⁷⁰ Claussen, Bank- und Börsenrecht, § 7 Rn. 16.

⁷¹ Das MM-Merkmal ist ein im Kartenkörper deutscher ec-Karten enthaltenes maschinenlesbares Echtheitsmerkmal, das mit den Magnetstreifendaten verknüpft wird; es wird von deutschen Geldautomaten geprüft um zu verhindern, dass sicherheitsrelevante Teile des Magnetstreifens verändert oder gültige Magnetstreifeninhalte auf andere Karten aufgebracht werden (so definiert in: Schindler in NJW-CoR 1998, 223, 225).

(3.) Computergestützte Verfahren

Im Laufe der vergangenen Jahre haben sich in zunehmendem Maße computergestützte Verfahren zur Durchführung von Überweisungstransaktionen etabliert, deren Entwicklung in der Literatur von einer sehr uneinheitlichen Terminologie begleitet wurde.⁷² Bezug nehmend auf computergestützte Überweisungsvorgänge werden vornehmlich die Begriffe *Homebanking*, *Online-Banking*, *Direct-Banking*, *Internet-Banking* und *Electronic-Banking* verwendet. Ihre zum Teil synonyme, zum Teil sich inhaltlich überschneidende Verwendung macht für das Verständnis der nachfolgenden Ausführungen eine kurze Klarstellung erforderlich. Ziel dabei ist die Einigung auf einen nachvollziehbaren und plausiblen Gebrauch der aufgeführten Termini, ohne den Blick für bestehende Tendenzen in bereits veröffentlichten wissenschaftlichen Beiträgen zu verlieren.

Electronic-Banking ist zu verstehen als Sammelbegriff für die Durchführung von Bankgeschäften mittels elektronischer Medien.⁷³ *Direct-Banking* beschreibt ihre Vornahme auf Grundlage moderner Telekommunikationstechnologien und direkter Kommunikationskanäle, wie etwa Telefon, Mobiltelefon, Telefax, Internet oder Email.⁷⁴ In seiner direkten Übersetzung erfasst der Begriff *Home-Banking* solche Methoden, mittels derer der Kunde Bankgeschäfte von Zuhause aus abwickeln kann.⁷⁵ Die deutsche Kreditwirtschaft entwickelte allerdings unter dieser Bezeichnung ein technisches Verfahren zur Abwicklung von Bankgeschäften über das Internet.⁷⁶ Da keine rechtliche Notwendigkeit für einen Sammelbegriff zur Erfassung aller Varianten heimischer Abwicklung von Bankgeschäften ersichtlich ist, wird *Home-Banking* nachfolgend das vom deutschen Kreditgewerbe entwickelte Verfahren bezeichnen. *Online-Banking* ist ebenfalls ein Service des deutschen Kreditgewerbes zur Abwicklung gewisser Bankgeschäfte, deren Daten über ein geschlossenes Netz übermittelt werden, das nur für eine eindeutig identifizierbare Personengruppe zugänglich ist.⁷⁷ Zunächst hat der Verwender sich mittels einer zwölfstelligen Anschlusskennung und eines individuell festzulegenden Kennworts Netzzugang zu verschaffen. Zur eigentlichen Nutzung der Dienstleistungsangebote des *Online-Banking* erhält der Kunde von seiner Bank eine PIN sowie eine Liste sogenannter Transaktionsnummern (TAN). Zur Abfrage von bestimmten Kontoinformationen hat der Verwender zunächst die PIN einzugeben. Möchte er Bankgeschäfte wie zum Beispiel Überweisungen durchführen, ist für jeden einzelnen Vorgang die Eingabe einer der Nummern aus der TAN-Liste erforderlich.⁷⁸ *Internet-Banking* betrifft die Abwicklung von Bankgeschäften über das Internet, also ein offenes Netz.⁷⁹ Dadurch kann es von jedem mit dem Internet verbundenen Rechner durchgeführt werden und erfordert zur Legitimation des Verwenders und zur Durchführung von den angebotenen Bankgeschäften lediglich die Eingabe von PIN und TAN.⁸⁰ Das *Home-Banking* als spezielle Ausformung des *Internet Banking* basiert demgegenüber auf dem Sicherheitskonzept des sogenannten HBCI-Standards (*Home-Banking Computer Interface*), das anstelle des PIN/TAN-Systems auf einem abweichenden Signatur- und Verschlüsselungsverfahren beruht. Der Kunde benötigt für die Nutzung HBCI-gestützter Zahlungen eine spezielle Software und ein Chipkartenlesegerät. Während ihm die entsprechende Software von seiner Bank zur Verfügung gestellt wird, hat

⁷² Vgl. hierzu auch *Recknagel*, Vertrag und Haftung beim Internet-Banking, S.3 f.; *Neumann/Bock*, Zahlungsverkehr im Internet, S.41 ff.

⁷³ *Recknagel*, Vertrag und Haftung beim Internet-Banking, S.3.

⁷⁴ *Neumann/Bock*, Zahlungsverkehr im Internet, S.41.

⁷⁵ *Recknagel*, Vertrag und Haftung beim Internet-Banking, S.3; *Neumann/Bock*, Zahlungsverkehr im Internet, S.43.

⁷⁶ *Neumann/Bock*, Zahlungsverkehr im Internet, S.43.

⁷⁷ *Koch/Maurer*, WM 2002, 2443, 2444.

⁷⁸ *Koch/Maurer*, WM 2002, 2443, 2444 f.

⁷⁹ *Neumann/Bock*, Zahlungsverkehr im Internet, S.42 f.

⁸⁰ *Koch/Maurer*, WM 2002, 2443, 2445.

der Kunde sich üblicherweise auf eigene Kosten mit einem Kartenlesegerät auszustatten. Anders als die Verwendung von TAN, die im Rahmen des HBCI-Standards entbehrlich ist, bleibt die Eingabe der PIN zur Erstellung einer elektronischen Signatur nach Einlesung der Daten der ec-Karte durch das Lesegerät erforderlich.⁸¹

Nicht jeder Kunde ist automatisch zur Teilnahme am System des *Electronic-Banking* berechtigt, sondern die Bank muss dem Kunden dessen Benutzung im Rahmen der Kontoführung gestatten. In der Praxis wird hierzu zwischen dem Kunden und seiner Bank neben dem Girovertrag eine Zusatzvereinbarung getroffen, auf deren Abschluss der Kunde gegenüber der Bank aufgrund der besonderen Risiken und Missbrauchsgefahren des *Electronic-Banking* jedoch keinen Anspruch hat.⁸²

Haben Kontoinhaber und Bank eine solche Vereinbarung über die Nutzung des *Electronic Banking* getroffen, kann der Kunde ein Überweisungsangebot gegenüber seiner Bank computergestützt durch Übermittlung einer elektronischen Willenserklärung abgeben. Abgabe und Zugang der Willenserklärung richten sich nach den allgemeinen Regeln des BGB.⁸³ Genauer Zeitpunkt der Abgabe der Erklärung ist der Mausklick oder das Drücken der Enter-Taste der Tastatur beim endgültigen Sendebefehl des Überweisungsangebots. Beim PIN/TAN-Verfahren geschieht dies etwa durch die Bestätigung nach Eingabe der TAN.⁸⁴ Da Erklärungen unter Einschaltung von EDV-Anlagen als Erklärungen unter Abwesenden gelten, richtet sich der Zugang nach § 130 I 1 BGB. Die Erklärung gilt deshalb als zugegangen, wenn die Kenntnisnahme vom Adressaten zu erwarten ist.⁸⁵ Initiiert der Überweisende eine Überweisung im Wege des *Electronic-Banking*, wird das Überweisungsangebot in der Regel im EDV-System der Bank gespeichert und unmittelbar bearbeitet, sodass es beim tatsächlichen Eintreffen sofort als zugegangen gilt.⁸⁶

Die Missbrauchsrisiken im *Electronic-Banking* sind vielfältig und wachsen mit zunehmender Professionalisierung der Missbrauchstäter,⁸⁷ die sich je nach Verfahrensablauf verfahrensspezifischer Missbrauchspraktiken bedienen. Raffinierter wurden diese vor allem bei Zahlungsverfahren, deren Sicherheitskonzept auf der Eingabe geheimer Kennwörter und Codes basiert (PIN/TAN, aber auch der Zugangscode beim *Online-Banking*). Etabliert hat sich in diesen Verfahren vor allem das sogenannte „*Phishing*“, bei dem sich ein unberechtigter Dritter ohne Wissen des Berechtigten durch gezielte elektronische Täuschungsmanöver Kenntnis von den für einen computergestützten Zahlungsvorgang erforderlichen Kontozugangs- und Transaktionsdaten verschafft. Der Begriff „*Phishing*“ ist ein Wortspiel aus den englischen Wörtern *password* und *fishing*. Beim klassischen *Phishing* wird der Kontoinhaber in einer gefälschten Email aufgefordert, sich bei seiner Bank einzuloggen und eine Transaktionsnummer einzugeben. Der Kontoinhaber wird beispielsweise durch eine originalgetreu gestaltete Email mit dem Firmenzeichen der Bank darüber informiert, dass ein neues System zum *Internet-Banking* eingeführt sei, dessen Freischaltung die Eingabe der geheimen Zugangsdaten verlange.⁸⁸ Nimmt der Berechtigte tatsächlich die Sicherheitsmerkmale, kann sich der Missbrauchstäter von ihnen Kenntnis verschaffen, um anschließend eine unberechtigte Kontoverfügung vorzu-

⁸¹ Koch/Maurer, WM 2002, 2443, 2445.

⁸² Derleder/Knops/Bamberger-Borges, Handbuch zum deutschen und europäischen Bankrecht, § 9 Rn.15.

⁸³ Borges, Handbuch zum deutschen und europäischen Bankrecht, § 8 Rn.38.

⁸⁴ Recknagel, Vertrag und Haftung beim Internet-Banking, S.80.

⁸⁵ BGH VersR 1994, 586.

⁸⁶ Derleder/Knops/Bamberger-Borges, Handbuch zum deutschen und europäischen Bankrecht, § 9 Rn.49; Behling, Der Zugang elektronischer Willenserklärungen in modernen Kommunikationssystemen, S.280 ff.

⁸⁷ Vgl. Berichterstattung F.A.Z. v. 04.07.2008, S.23, „Betrug beim Online-Banking nimmt zu“ – Verbraucherzentrale warnt“ und FAZ.NET v. 02.09.2008, „Phishing-Angriffe und Online-Betrug – Zahl der Internet-Diebstähle auf Rekordhoch“.

⁸⁸ Vgl. Berichterstattung der S.Z. v. 01.04.2006, S. 22, „Digitaler Überfall – Die Internet-Kriminalität ändert ihr Gesicht – Betrüger suchen und attackieren ihre Opfer gezielt“.

nehmen. Stark zugenommen haben neben diesem klassischen *Phishing* fortentwickelte, subtilere Techniken, die weniger Naivität des Berechtigten verlangen.⁸⁹ Eingesetzt werden etwa Spionageprogramme („Trojaner“), die unbemerkt auf dem Computer des ahnungslosen Nutzers installiert werden. Häufig werden die Programme beim Herunterladen einer anderen Datei ohne sein Wissen ebenfalls auf dem Rechner gespeichert oder sie verbergen sich hinter dem vermeintlich seriösen Anhang einer Email.⁹⁰ Getarnt werden diese Emails beispielsweise als wichtige Mitteilungen der Deutschen Telekom, des Internet-Auktionshauses eBay, der 1&1 Internet AG, der GEZ oder des BKA.⁹¹ Zur Vorspielung ihrer Authentizität enthalten die Emails zunehmend eine persönliche Ansprache des Betroffenen.⁹² Einmal auf dem Rechner des Kontoinhabers installiert, spioniert der Trojaner Passwörter aus oder schneidet Tastatureingaben des Computerbenutzers mit (*Keylogging*).⁹³ Eine andere Art von Schadprogrammen leitet den Überweisenden bei Vornahme einer computergestützten Überweisungstransaktion unbemerkt auf eine drittseitig gefälschte Internetseite weiter (*Pharming*).⁹⁴ Die Erstellung der Betrugs-Webseiten ist mittlerweile sogar nach dem Baukasten-Prinzip möglich: Mittels sogenannter *Phish Kits* lassen sich gleich eine Handvoll gefälschter Internetseiten erstellen, ausgestattet mit den jeweiligen Firmenzeichen der kontoführenden Kreditinstitute.⁹⁵

Eine neuere *Phishing*-Technik nennt sich „*Vishing*“.⁹⁶ Bei ihr verwenden die Missbrauchstäter Anrufmaschinen, sogenannte „*War Dialers*“, welche regionale Telefonnummern über Internet-Telefonie anwählen. Bei Annahme des Anrufs durch den Adressaten fordert eine Sprachsequenz den Hörer auf, wegen eines angeblichen Missbrauchsvorfalles eine lokale Nummer anzurufen. Folgt der Betroffene dieser Aufforderung, fordert ihn eine weitere Sprachsequenz zur Nennung der geheimen Sicherheitsmerkmale auf.

Hat der Missbrauchstäter durch erfolgreiches *Phishing* erst einmal Kenntnis von den Sicherheitsmerkmalen erlangt, kann er zwecks Zeitgewinn durch Änderung der Zugangspasswörter den eigentlich Berechtigten von der eigenen Nutzung seines Kontos aussperren.⁹⁷ Nicht selten veranlassen die eigentlichen Missbrauchstäter mit den ausgespähten Sicherheitsmerkmalen zunächst Gutschriftsbuchungen auf Konten von Helfern, sogenannter „Finanzagenten“, die das erlangte Geld anschließend, häufig ohne Kenntnis vom kriminellen Hintergrund des Geschehens, gegen Provision in das Ausland weiterschicken.⁹⁸

⁸⁹ Vgl. Berichterstattung F.A.Z. v. 23.11.2007, S.27, „Betrug im Online-Banking wird raffinierter – Nutzer bemerken Spionageprogramme meist nicht / iTan-Verfahren kein Hindernis“.

⁹⁰ Vgl. Berichterstattung F.A.Z. v. 23.11.2007, S.27, „Betrug im Online-Banking wird raffinierter – Nutzer bemerken Spionageprogramme meist nicht / iTan-Verfahren kein Hindernis“.

⁹¹ Vgl. Berichterstattung SpiegelOnline v. 13.09.2007, „Deutsche Fahnder fassen Phishing-Betrüger“.

⁹² Vgl. Berichterstattung F.A.Z. v. 23.11.2007, S.27, „Betrug im Online-Banking wird raffinierter – Nutzer bemerken Spionageprogramme meist nicht / iTan-Verfahren kein Hindernis“.

⁹³ Vgl. Berichterstattung F.A.Z. v. 04.07.2008, S.23, „Bank haftet für Missbrauch beim Homebanking – Gericht: Kontoinhaber muss bloß einen üblichen Virenschutz verwenden“.

⁹⁴ Vgl. Berichterstattung S.Z. v. 12.11.2005, S.1, „Trügerische Sicherheit – Neuer Zugangscode für Online-Banking ist schon geknackt“; S.Z. v. 03.09.2008, München S.19, „Rekord bei Betrug im Internet – Mit immer neuen Methoden spähen Kriminelle die Bankdaten von Online-Nutzern aus“; F.A.Z. v. 04.07.2008, S.23, „Bank haftet für Missbrauch beim Homebanking – Gericht: Kontoinhaber muss bloß einen üblichen Virenschutz verwenden“.

⁹⁵ Vgl. Berichterstattung S.Z. v. 01.04.2006, S.22, „Digitaler Überfall – Die Internet-Kriminalität ändert ihr Gesicht – Betrüger suchen und attackieren ihre Opfer gezielt“.

⁹⁶ Vgl. Berichterstattung S.Z. v. 02.08.2006, S.2, „Surfen am Abgrund – Harmlose Fragen, böse Folgen – die jüngsten und erfolgreichsten Tricks der Online-Kriminellen“.

⁹⁷ Vgl. Berichterstattung S.Z. v. 02.08.2006, S.2, „Surfen am Abgrund – Harmlose Fragen, böse Folgen – die jüngsten und erfolgreichsten Tricks der Online-Kriminellen“.

⁹⁸ Vgl. Berichterstattung F.A.Z. v. 04.07.2008, S.23, „Bank haftet für Missbrauch beim Homebanking – Gericht: Kontoinhaber muss bloß einen üblichen Virenschutz verwenden“.

Aufgrund der hohen Dunkelziffer und fortschreitender Spezialisierung der Missbrauchstäter⁹⁹ ist eine abschließende Bestandsaufnahme bestehender Missbrauchsverfahren nicht möglich. Zumindest legen die voranstehend beschriebenen besonders etablierten Missbrauchspraktiken aber die breite Angriffsfläche des *Electronic-Banking* für Missbrauchsoffensiven unberechtigter Dritter offen.

(4.) Telefon-Banking

Sofern zwischen Bank und Kunde eine entsprechende Zusatzvereinbarung zum Girovertrag besteht, kann der Kunde Überweisungen auch im Wege des Telefon-Banking veranlassen. Die Banken bieten dem Kunden in der Praxis im Wesentlichen drei unterschiedliche technische Ausführungsformen des Telefon-Banking an:

Bei der Mensch-Mensch-Variante nimmt der Überweisende mit einem Mitarbeiter der Bank (*Operator*) Kontakt auf und legitimiert sich durch mündliche Nennung eines Passworts oder einer PIN. Anschließend äußert er gegenüber dem *Operator* das Überweisungsbegehren unter Angabe aller erforderlichen Daten und dieser führt die Zahlungstransaktion unter Zuhilfenahme des bankeigenen Computersystems manuell durch.¹⁰⁰

Im Rahmen der Mensch-Maschine-Variante wird statt des menschlichen *Operators* ein von der überweisenden Bank bereitgestellter Telefon-Banking-Computer eingeschaltet, der mit dem Computersystem der Bank verbunden ist und auf die Kontodaten des Überweisenden zugreifen kann.¹⁰¹ Zur Übermittlung der überweisungsrelevanten Daten an den Telefon-Banking-Computer bedienen sich die Banken unterschiedlicher Kommunikationssysteme. Bewährt haben sich zum einen Spracherkennungssysteme, bei denen der Überweisende die Steuerungsbefehle in die Sprachmuschel des Telefons spricht. Die Sprachsignale werden vom Spracherkennungssystem anhand typischer Frequenzmuster erkannt, die das Kommunikationssystem zur Aktivierung bestimmter Steuersequenzen veranlassen, wie etwa der Nennung des Kontostands.¹⁰² Auf diese Weise wird der Kunde durch ein Menü möglicher Bankdienstleistungen zur Überweisung geführt, die er unter mündlicher Nennung der relevanten Überweisungsdaten mit Hilfe des Spracherkennungssystems auslösen kann. Zum anderen werden von den Banken Tastatursteuerungssysteme (*Voice Response Touchtone*) eingesetzt, die nicht auf Sprachsignale, sondern auf die Frequenzimpulse der Multifrequenztöne (*dual-tone multi-frequency*) reagieren, die der Kunde durch Drücken der Tasten des eigenen digitalen Telefons an das Tastatursteuerungssystem kommuniziert. Während das System den Kunden durch eine „Computerstimme“ über mögliche Bankoperationen informiert, Eingaben befiehlt oder den Kontostand nennt, steuert der Bankkunde das System durch Drücken der entsprechenden Zifferntasten auf dem Telefon. Auf diese Weise kann er dem Computer alle für die Überweisung erforderlichen Informationen übermitteln.¹⁰³

Als dritte Variante kann die Bank dem Kunden ein gemischtes System zur Verfügung stellen, auf dessen Grundlage der Kunde einige Vorgänge im Rahmen der Mensch-Maschine-Variante ausführt, während er bei anderen auf einen menschlichen *Operator* zurückzugreifen hat.¹⁰⁴

⁹⁹ Vgl. Berichterstattung F.A.Z. v. 23.11.2007, S.27, „Betrug im Online-Banking wird raffinierter – Nutzer bemerken Spionageprogramme meist nicht / iTAN-Verfahren kein Hindernis; FAZ.NET v. 02.09.2008, „Phishing-Angriffe und Online-Betrug – Zahl der Internet-Diebstähle auf Rekord-Hoch“; F.A.Z. v. 30.03.2005, S.21, „Betrug belastet Online-Banking“.

¹⁰⁰ Zietsch, Die Haftung im Telefon-Banking-Verkehr, S.18.

¹⁰¹ Zietsch, Die Haftung im Telefon-Banking-Verkehr, S.18 f.

¹⁰² Zietsch, Die Haftung im Telefon-Banking-Verkehr, S.19.

¹⁰³ Ausf. Zietsch, Die Haftung im Telefon-Banking-Verkehr, S.21 f.

¹⁰⁴ Zietsch, Die Haftung im Telefon-Banking-Verkehr, S.23.

Beim Telefon-Banking ist der genaue Zugangszeitpunkt des Überweisungsangebots davon abhängig, ob es sich bei der jeweiligen Angebotserklärung um eine Erklärung unter Anwesenden (§ 147 BGB) oder Abwesenden (§ 130 BGB) handelt. Während eine Erklärung unter Anwesenden als zugegangen gilt, wenn der Empfänger vernünftigerweise keinen Zweifel daran haben kann, dass der Empfänger die Erklärung akustisch verstanden hat (eingeschränkte Vernehmungstheorie),¹⁰⁵ geht eine Willenserklärung unter Abwesenden zu, wenn sie derart in den Machtbereich des Empfängers gelangt, dass nach der allgemeinen Lebenserfahrung mit dessen Kenntnisnahme zu rechnen ist (Empfangstheorie).¹⁰⁶

Im Rahmen der Mensch-Mensch-Variante richtet sich der Zugang der Willenserklärung nach den Grundsätzen über den Zugang einer Willenserklärung unter Anwesenden, da herkömmlich telefonisch übermittelte Willenserklärungen grundsätzlich als Erklärungen unter Anwesenden behandelt werden.¹⁰⁷ Gibt der Überweisende sein Angebot an ein Spracherkennungs- oder Tastatursteuersystem weiter, gilt die Überweisungsanweisung als zugegangen, wenn die Erklärung des Überweisenden aufgezeichnet wird.¹⁰⁸

Beim gemischten System gilt Entsprechendes und entscheidend ist, nach welcher der beiden voranstehenden Varianten die Abgabe des Überweisungsangebots erfolgt.

Unabhängig von der Ausführungsform des Telefon-Banking legitimiert sich der Überweisende regelmäßig durch Nennung einer geheimen Buchstaben- oder Zahlenfolge. Die Missbrauchsgefahr liegt darin, dass ein Dritter sich Kenntnis von diesen Sicherheitsmerkmalen verschafft und durch ihre unberechtigte Verwendung Zahlungsvorgänge auslöst. Anders als bei computergestützten Überweisungsverfahren haben sich im Rahmen des Telefon-Banking bislang keine besonders prominenten kriminellen Strategien zur Verschaffung der Legitimationsdaten herausgebildet.¹⁰⁹

b.) Annahme des Angebots durch die Bank

Nach Zugang des Angebots ist das Zustandekommen des Überweisungsvertrags von der Annahme des überweisenden Kreditinstituts abhängig. Sofern der Überweisende mit dem überweisenden Kreditinstitut eine girovertragliche Beziehung unterhält, besteht für das Kreditinstitut hinsichtlich des Überweisungsvertrags jedoch ein Kontrahierungszwang.¹¹⁰ Die Bank darf den Überweisungsantrag des Kunden dann nur ablehnen, wenn ein berechtigter Grund für die Ablehnung besteht.¹¹¹ Der Kontrahierungszwang macht die Annahme des Angebots durch die Bank jedoch keinesfalls entbehrlich, sondern begründet lediglich die girovertragliche Verpflichtung der Bank zur Annahme von Überweisungsanträgen des Kunden.¹¹² Nimmt die Bank das Überweisungsangebot des Kunden trotz dieser Verpflichtung nicht an, können dem Überweisenden ihr gegenüber Schadensersatzansprüche gemäß §§ 676f, 280 BGB entstehen.

¹⁰⁵ Brox/Walker, Allgemeiner Teil des BGB, § 7 Rn.156.

¹⁰⁶ Palandt-Heinrichs/Ellenberger, § 130 Rn.5; st. Rspr., z.B. BGH NJW 1980, 990, 991.

¹⁰⁷ Zietsch, Die Haftung im Telefon-Banking-Verkehr, S.36.

¹⁰⁸ Zietsch, Die Haftung im Telefon-Banking-Verkehr, S.40; der Zugang bei der Mensch-Maschine-Variante unterscheidet sich im Prinzip nicht sonderlich von dem Zugang einer Willenserklärung beim *Electronic-Banking*, vgl. daher die Ausführungen im vorigen Gliederungsabschnitt zu den computergestützten Verfahren.

¹⁰⁹ Zu den verschiedenen Möglichkeiten der Kenntnisnahme des Missbrauchstäters von den Legitimationsdaten siehe Zietsch, Die Haftung im Telefon-Banking-Verkehr, S.78 ff.

¹¹⁰ Derleder/Knops/Bamberger-Oechsler, Handbuch zum deutschen und europäischen Bankrecht, § 43 Rn.3; Gößmann/van Look, WM-Sonderbeilage 1/2000, S.22; m.w.N. Koziol, Der Überweisungsvertrag, S.64 ff.; a.A. Einsele, Bank- und Kapitalmarktrecht, § 6 Rn.118.

¹¹¹ Vgl. hierzu Koziol, Der Überweisungsvertrag, S.68 f.

¹¹² Langenbucher/Gößmann/Werner-Langenbucher, Zahlungsverkehr, § 1 Rn.33.

Den Antrag des Kunden kann die überweisende Bank zum einen mit einer ausdrücklichen Annahmeerklärung beantworten. Während die explizite bankseitige Annahme im Rahmen elektronischer Überweisungen nach Überprüfung der entsprechenden Parameter in der Praxis nicht selten erfolgt, entspricht es im beleggebundenen Überweisungsverkehr allerdings der Bankenpraxis, den Überweisungsantrag ohne ausdrückliche Annahmeerklärung zu bearbeiten und die Überweisung auszuführen,¹¹³ sodass sich die Frage stellt, wie das Schweigen der Bank rechtlich zu bewerten ist. Zunächst steht § 151 S.1 BGB im Raum, der eine ausdrückliche Annahmeerklärung der Bank wegen der Verkehrssitte im Massenzahlungsverkehr entbehrlich machen könnte. Allerdings führt diese Lösung zu einer untragbaren Unsicherheit zu Lasten des Bankkunden, denn bis zum Zeitpunkt der tatsächlichen Durchführung der Überweisung hätte er keine Gewissheit über die Annahme des Überweisungsantrags. Ein solcher Schwebezustand der Ungewissheit im gesamten Überweisungsverkehr entspräche jedoch weder den Interessen der Kunden noch denen der Banken.¹¹⁴ Zum Tragen kommt deshalb § 362 I 1 HGB, denn das überweisende Kreditinstitut ist regelmäßig Geschäftsbesorgungskaufmann im Sinne der Norm, dessen Schweigen auf den Überweisungsantrag des Kunden als Annahme gilt.¹¹⁵ Eine Ablehnung des Überweisungsantrags hat das überweisende Kreditinstitut dem Kunden deshalb unverzüglich anzuzeigen. Unterlässt das Kreditinstitut die unverzügliche Ablehnungsmitteilung an den Kunden, kommt zwischen beiden ein Überweisungsvertrag zustande.¹¹⁶ Erfordert allerdings ein atypischer Überweisungsfall einen längeren Überprüfungszeitraum vor der Annahme des Überweisungsantrags, ist dem Kreditinstitut ein angemessener Zeitraum zur Überprüfung des Falls zuzugestehen, bevor sein Schweigen als Annahmeerklärung den Überweisungsvertrag nach § 362 HGB entstehen lässt.¹¹⁷

Die zwischen den Spitzenverbänden des deutschen Kreditgewerbes vereinbarten Überweisungsbedingungen¹¹⁸ sehen sogenannte „Annahmefristen“ vor, die von den Banken regelmäßig als AGB in das Girovertragsverhältnis zwischen Bank und Kunden eingebaut werden. Unter einer Annahmefrist ist keine Frist zu verstehen, innerhalb welcher die Bank über eine Annahme des Überweisungsantrags des Kunden zu entscheiden hat. Vielmehr ist sie eine nach § 676a II 3 BGB abweichende Vereinbarung über den Beginn der Ausführungsfrist einer Überweisung.¹¹⁹ Die Annahmefrist bestimmt einen festen Zeitpunkt (z.B. 16 Uhr). Geht der Überweisungsantrag des Kunden bei der Bank vor diesem Zeitpunkt ein, beginnt die Ausführungsfrist für die Überweisung noch am selben Tag zu laufen. Erfolgt der Zugang bei der Bank nach ihm, beginnt sie erst am nachfolgenden Bankgeschäftstag. Zwar besteht durch die Festlegung derartiger Fristen die Gefahr der Umgehung der in Art.6 I Überweisungsrichtlinie normierten europäischen Vorgaben zu den Ausführungsfristen von Überweisungen. Der deutsche Gesetzgeber hält jedoch die Festlegung einer Ausführungsfrist auf 15:30 Uhr für zulässig.¹²⁰

2.) Grundsatz: Schadenstragung durch die überweisende Bank

Fehlt eine Autorisierung, darf die Bank das Konto des Inhabers grundsätzlich nicht belasten. Dabei ist unerheblich, aus welchem Grund das überweisende Kreditinstitut die Überweisung trotz Fehlens der erforderlichen Ermächtigung vorgenommen hat: Es kann irrtümlich oder ohne jede Grundlage

¹¹³ Langenbucher/Gößmann/Werner-Langenbucher, Zahlungsverkehr, § 1 Rn.19.

¹¹⁴ Meder, JZ 2003, 443, 444.

¹¹⁵ Derleder/Knops/Bamberger-Oechsler, Handbuch zum deutschen und europäischen Bankrecht, § 43 Rn.3

¹¹⁶ Langenbucher/Gößmann/Werner-Langenbucher, Zahlungsverkehr, § 1 Rn.21.

¹¹⁷ Langenbucher/Gößmann/Werner-Langenbucher, Zahlungsverkehr, § 1 Rn.24.

¹¹⁸ Abgedr. in ZBB 2002, 60 ff.

¹¹⁹ Langenbucher/Gößmann/Werner-Langenbucher, Zahlungsverkehr, § 1 Rn.18.

¹²⁰ BT- Drucksache 14/745 S.18.

tätig geworden sein oder die Ausführungsdaten, z.B. Empfänger oder Betrag, vertauscht oder einen tatsächlich bestehenden Überweisungsauftrag versehentlich erneut ausgeführt haben („irrtümliche Doppelüberweisung“).¹²¹ Andererseits kann der Überweisungsvertrag wegen Geschäftsunfähigkeit des Überweisenden nichtig sein¹²² oder die Bank hat die Überweisung vor der mit dem Überweisenden vereinbarten Frist oder trotz wirksamer Anfechtung oder Kündigung des Überweisenden durchgeführt. Entscheidend und allen dargelegten Konstellationen gemein ist, dass der berechtigte Kontoinhaber keine wirksame Willenserklärung hinsichtlich der konkreten Überweisung abgegeben hat und deshalb mit der Bank kein entsprechender Überweisungsvertrag zustande gekommen ist. Der Vorschuss- bzw. Aufwendungsersatzanspruch der Bank gegenüber dem Kontoinhaber aus §§ 675, 669, 670 BGB ist dann mangels geschäftsbesorgungsvertraglicher Grundlage ausgeschlossen.¹²³

Dies gilt auch für Missbrauchssachverhalte, in denen das überweisende Kreditinstitut die Überweisung auf Grundlage eines von dritter Seite gefälschten oder verfälschten Überweisungsantrags veranlasst.¹²⁴ Wird der Überweisungsantrag vom Dritten *gefälscht*, kommt ein Überweisungsvertrag mangels erforderlicher Willenserklärung des Überweisenden offensichtlich nicht zustande. Wird ein Überweisungsantrag hingegen *verfälscht* liegt zwar zunächst eine auf den Abschluss eines Überweisungsvertrags abzielende wirksame Willenserklärung vor, die vor Zugang bei der Bank allerdings inhaltlich von einem Dritten verändert wird. Bei der Auslegung empfangsbedürftiger Willenserklärung ist grundsätzlich auf den „normativen Empfängerhorizont“ des überweisenden Kreditinstituts abzustellen,¹²⁵ welches die Verfälschung des Überweisungsantrags häufig nicht erkennen kann, sodass es auf den ersten Blick nahe liegt, einen verfälschten Überweisungsauftrag trotz inhaltlicher Veränderung als wirksame Willenerklärung des vermeintlich Überweisenden zu qualifizieren. Allerdings muss der Sinngehalt des Überweisungsantrags dem Überweisenden stets auch zurechenbar sein.¹²⁶ Genau dieser Zurechenbarkeit fehlt es einer drittseitig unberechtigt veränderten Willenserklärung, denn mit der Verfälschung verliert die Willenserklärung für den ursprünglich Erklärenden ihre für eine Zurechnung erforderliche Bindungswirkung, sodass ein Überweisungsvertrag mangels wirksamem Überweisungsangebots grundsätzlich nicht zustande kommt.¹²⁷

Sofern das überweisende Kreditinstitut das Konto des Kontoinhabers dennoch belastet, hat es eine Rückbuchung der ungerechtfertigten Belastung zu veranlassen.¹²⁸ Der belastete Kontoinhaber muss die Rückbuchungsforderung nicht auf bereicherungsrechtliche Ansprüche stützen, denen stets die Gefahr der Entreicherung des überweisenden Kreditinstituts anhaftet. Vielmehr bleibt er gegenüber der Bank Gläubiger einer ungeschmälernten Guthabensforderung aus dem Girovertrag,¹²⁹ denn der girovertragliche Guthabensanspruch des Kunden kann nicht einseitig durch die Bank gekürzt werden. Zwar wird der vermeintliche Auftraggeber durch die fehlerhafte Belastung seines Kontos in der Verfügungsberechtigung über das Guthaben auf dem Girokonto zunächst faktisch beeinträchtigt. Mit der ausgewiesenen Kontobelastung handelt es sich im Bank-Kunden-Verhältnis jedoch nur um einen einfachen Skripturakt ohne Rechtswirkung, der vom überweisenden Kreditinstitut durch

¹²¹ Staudinger/Martinek, § 676c Rn.20.

¹²² BGH WM 1990, 1531 f.

¹²³ Schimansky/Bunte/Lwowski-Schimansky, Bankrechts-Handbuch, Band I, § 49 Rn.31.

¹²⁴ BGH WM 1990 1280 ff.; BGH WM 1994, 1420 ff.

¹²⁵ Medicus, Allgemeiner Teil des BGB, § 24 Rn.323.

¹²⁶ Flume, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Band II, S.311; zustimmend Medicus, Allgemeiner Teil des BGB, § 24 Rn.326.

¹²⁷ Flume, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Band II, S.312.

¹²⁸ Langenbucher/Gößmann/Werner-Langenbucher, Zahlungsverkehr, § 1 Rn.16.

¹²⁹ Rossa, CR 1997, 138, 144.

aufwandslose Korrektur der fehlerhaften Belastungsbuchung zu beheben ist. Eine bereicherungsrechtlich relevante Vermögensverschiebung entsteht deshalb durch eine fehlerhafte Belastungsbuchung nicht.¹³⁰

Grundsätzlich trägt folglich die Bank das finanzielle Risiko für Drittmissbrauch, denn dem Überweisenden steht bei fehlender Autorisierung einer Belastungsbuchung grundsätzlich weiterhin eine ungekürzte girovertragliche Forderung zu.

b. Rechtsscheinhaftung

Dieser Grundsatz wird allerdings in einigen Sachverhaltskonstellationen durchbrochen. Die grundsätzliche Risikoverteilung zulasten der überweisenden Bank trägt nämlich dem Umstand Rechnung, dass der Kontoinhaber mit einem gefälschten Überweisungsträger im Gegensatz zur Bank regelmäßig nicht in Berührung kommt und für den Missbrauchserfolg nicht verantwortlich sein kann.¹³¹ Hat der Überweisende jedoch selbst in zurechenbarer Weise einen Rechtsschein für die Echtheit des eigentlich falschen Überweisungsantrags gesetzt, muss er die Grundsätze der allgemeinen Rechtsscheinhaftung gegen sich gelten lassen.¹³² Als Rechtsfolge sieht die Rechtsscheinhaftung die Gleichstellung von Rechtsschein und Rechtswirklichkeit vor,¹³³ sodass der rechtsscheinhaftende Überweisende zu behandeln ist, als liege der vom Rechtsschein erfasste Überweisungsantrag tatsächlich vor. Nach Antragsannahme durch die Bank¹³⁴ entsteht demzufolge ein herkömmlicher Überweisungsvertrag mit dem Überweisenden, auf dessen Grundlage die Bank zur Durchführung der Überweisungstransaktion berechtigt und verpflichtet ist und gegenüber dem Überweisenden einen entsprechenden Vorschuss- oder Aufwendungsersatzanspruch erhält.

Hintergrund der Grundsätze über die Rechtsscheinhaftung ist, dass der Gesetzgeber einige wenige Rechtsvorschriften geschaffen hat, die in bestimmten Sachlagen das aus einem Rechtsschein entsprungene Vertrauen durch Rechtsscheinhaftung schützen.¹³⁵ In Einzelfällen wurde der Anwendungsbereich dieser Vorschriften mit Blick auf ihren Kerngehalt, den Vertrauensschutz, von der Rechtsprechung unter Berücksichtigung ihres Ausnahmecharakters auf bestimmte wertungsmäßig vergleichbare Sachverhalte erstreckt, ohne dabei allerdings die Rechtsfigur einer allgemeinen Rechtsscheinhaftung zur Entstehung gelangen zu lassen. In Hinblick auf ihre massiven rechtlichen Konsequenzen für den Haftenden ist eine restriktive Handhabung der Rechtsscheinhaftung geboten, um das (Fehl-) Verhalten einer Person ohne dessen eigentlichen Willen nicht entgegen dem Urprinzip der vertragsrechtlichen Privatautonomie allzu rasch dogmatisch in einen Rechtsscheintatbestand zu transformieren, dessen Wirkung vergleichbar ist mit einer zurechenbaren Willenserklärung.

In gefestigter höchstrichterlicher Rechtsprechung haben sich drei für den Missbrauch im Zahlungsverkehr haftungsrelevante Ausformungen der Rechtsscheinhaftung entwickelt: Die Anscheins- und die Duldungsvollmacht sowie die Grundsätze über den Blankettmissbrauch.

1.) Anscheins- und Duldungsvollmacht

Besitzt ein Vertreter bei Vornahme eines Rechtsgeschäfts keine Vollmacht, erwachsen aus dem Rechtsgeschäft für den Vertretenen grundsätzlich keine Pflichten gegenüber dem Geschäftsgeg-

¹³⁰ BGH NJW 1994, 2357, 2358.

¹³¹ BGH WM 1992, 1392, 1393.

¹³² Langenbucher, Die Risikoordnung im bargeldlosen Zahlungsverkehr, S.144.

¹³³ Canaris, Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht, S.9.

¹³⁴ Siehe hierzu oben in Kap.2 A. I. 3. a. 1.) b.).

¹³⁵ Z.B. §§ 170-173 BGB, §§ 15, 56, 75h, 91a, 362, 366 HGB.

ner.¹³⁶ Dieser Grundsatz kann allerdings durch die Anscheins- und Duldungsvollmacht durchbrochen werden. Einheitliche Voraussetzungen für beide Arten der Rechtsscheinvollmacht sind das Fehlen einer gesetzlichen oder vertraglichen Vertretungsmacht, der Rechtsschein einer Bevollmächtigung und die Gutgläubigkeit des Dritten in Hinblick auf den Rechtsschein. Während die Duldungsvollmacht ferner verlangt, dass der Vertretene das Verhalten des Vertretenen kennt und duldet,¹³⁷ ist im Rahmen der Anscheinsvollmacht keine positive Kenntnis vom Tathergang erforderlich. Stattdessen hätte der Vertretene das Verhalten des Vertretenen erkennen und verhindern müssen.¹³⁸ Im Überweisungsverkehr kommt die Annahme einer Rechtsscheinvollmacht immer dann in Betracht, wenn der Berechtigte das Überweisungsangebot zwar nicht selbst abgab, den drittseitigen Missbrauch jedoch kannte bzw. hätte erkennen und verhindern können. Allerdings lässt sich ein struktureller Unterschied zu typischen Anwendungskonstellationen der Rechtsscheinvollmacht erkennen: Anders als in gewöhnlichen Fällen der Rechtsscheinvollmacht kennt die Bank in Missbrauchssachverhalten nicht die fehlende Identität von Täter und Berechtigtem. Unter Verstoß gegen das Offenkundigkeitsprinzip handelt der Missbrauchstäter nicht wie bei der typischen Stellvertretungssituation „in fremdem Namen“, sondern „unter fremdem Namen“. Die Anwendung der Grundsätze über die Rechtsscheinvollmacht kommt in Missbrauchssachverhalten deshalb nur in Betracht, wenn sie nicht unbedingt offenes Vertreterhandeln voraussetzt.¹³⁹ Es stellt sich also die Frage, ob sich der den Rechtsschein Setzende auch bei verdeckter Stellvertretung nach den Grundsätzen der Rechtsscheinhaftung das Verhalten des Dritten zurechnen lassen muss. Zur Beantwortung hilft ein Blick auf den rechtlichen Umgang mit dem Verstoß gegen das Offenkundigkeitsprinzip in herkömmlichen Stellvertretungssituationen: Da das Offenkundigkeitsprinzip dem Schutz des Erklärungsempfängers dient, ist danach zu unterscheiden, wie dieser die Erklärung des unter fremdem Namen Handelnden auffassen durfte.¹⁴⁰ Entscheidend ist dabei, ob sein Interesse primär auf den Vertragsschluss mit dem Handelnden gerichtet war (so häufig bei Bargeschäften des täglichen Lebens), oder ob er gerade mit dem Namensträger kontrahieren wollte, dessen Name der Handelnde gegenüber dem Erklärungsempfänger verwendete. Nur im zweiten Fall wird der Namensträger auch tatsächlich Vertragspartei.¹⁴¹ Auch im Rahmen der Rechtsscheinvollmacht soll das Offenkundigkeitsprinzip den Erklärungsempfänger und nicht den Rechtsscheinhaftenden schützen. Vor diesem Hintergrund wäre es sinnwidrig, dem Erklärungsempfänger die vertrauensschützende Wirkung der Rechtsscheinvollmacht nur deshalb zu versagen, weil das ebenfalls ihrem Schutz dienende Offenkundigkeitsprinzip vom Dritten nicht gewahrt wird. Entsprechend der Handhabung in herkömmlichen Stellvertretungssachverhalten ist deshalb auch im Rahmen der Rechtsscheinhaftung in Fällen mangelnder Offenkundigkeit darauf abzustellen, mit wem der Erklärungsempfänger verständigerweise zu kontrahieren gedachte. Da die Bank im Missbrauchsfall typischerweise gerade keine Kenntnis vom drittseitigen Handeln hat und die Überweisung regelmäßig in ein Girovertragsverhältnis eingebettet ist, betrachtet sie legitimerweise den Kontoinhaber als Vertragspartner. Dem Grunde nach kann die fehlende Kenntnis der Bank vom Einschreiten eines Missbrauchstäters in den

¹³⁶ Köhler, BGB – Allgemeiner Teil, § 11 Rn.35.

¹³⁷ BGH LM Nr.10 und 13 zu § 167; Nr.24 zu § 164; VersR 1992, 989, 990; Staudinger/Schilken, § 167 Rn.29.

¹³⁸ BGH LM Nr.9, 10, 11 und 17 zu § 167, VersR 1992, 989, 990; NJW 1998, 3342, 3343; Brox/Walker, Allgemeiner Teil des BGB, S.224 Rn.566; Staudinger/Schilken, § 167 Rn.32; a.A. Langenbucher, welche die Heranziehung des Verschuldensprinzips für systemwidrig hält und stattdessen bei der allgemeinen Rechtsscheinhaftung auf Wissen des Vertretenen abstellt (Die Risikoordnung im bargeldlosen Zahlungsverkehr, S.25); Bork seinerseits hält den Willen des Vertretenen für zwingend erforderlich (Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs, Rn.1542).

¹³⁹ Bückner, Online Banking, S.77.

¹⁴⁰ OLG Düsseldorf NJW 1989, 906.

¹⁴¹ Dies selbstverständlich nur bei tatsächlichem Vorliegen einer Vollmacht des Handelnden, sonst gilt allenfalls § 177 I ff. BGB analog (Bork, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs, Rn.1410).

Zahlungsvorgang demzufolge zumindest einer entsprechenden Anwendung der Grundsätze über die Rechtsscheinvollmacht nicht entgegenstehen.¹⁴²

Zwingende Voraussetzung für die Annahme der Rechtsscheinvollmacht bleibt jedoch das Vorliegen eines vertrauensbegründenden Sachverhalts in Form eines Rechtsscheintatbestands,¹⁴³ auch wenn dieser mangels Offenkundigkeit nicht wie im Rahmen der typischen Rechtsscheinvollmacht wortsinngemäß im „Rechtsschein einer Vollmacht“ liegt.¹⁴⁴ Bei Drittmissbrauch im Überweisungsverkehr ist vielmehr entscheidend, ob der Kontoinhaber einen Rechtsschein mit dem Inhalt erzeugt hat, er selbst oder eine andere berechnigte Person habe die Willenserklärung abgegeben. Ob der Kontoinhaber einen solchen Rechtsschein tatsächlich erzeugt hat, ist im konkreten Fall zu prüfen. Maßgeblich hierfür ist der normative Empfängerhorizont. Dieser bestimmt sich im bargeldlosen Zahlungsverkehr nicht zuletzt danach, wie erfolgreich die Sicherheitsvorkehrungen des konkreten Zahlungsmittels vor Drittmissbrauch schützen und wie hoch das Missbrauchsaufkommen ist. Nur wenn ein Zahlungssystem in hohem Grad dem Drittmissbrauch unzugänglich und fehlerunanfällig ist, kann einer auf seiner Grundlage durchgeführten Zahlung aus Sicht des Empfängers der Rechtsschein entspringen, eine tatsächlich zur Abgabe der Willenserklärung berechnigte Person habe die Zahlung veranlasst. Bloß dann ist sein Vertrauen schutzwürdig. Da die Überweisungsanträge in aller Regel den voranstehend dargestellten¹⁴⁵ von der Bank vorgegebenen sicherheitsorientierten Typen folgen und das Quantum fehlerfreier dasjenige fehlerhafter Überweisungen erheblich übersteigt,¹⁴⁶ ist grundsätzlich von schutzwürdigem Vertrauen der Bank auszugehen.

2.) Grundsätze über den Blankettmissbrauch

Einem Blankettmissbrauch liegt der Sachverhalt zugrunde, dass der Erklärende eine unvollständige Willenserklärung unterschreibt und eine dritte Person diese ohne oder entgegen der Weisung des Erklärenden ausfüllt und dem Erklärungsempfänger übermittelt. Zumeist ermächtigt der Erklärende den Dritten zur Ausfüllung des Blanketts in einer bestimmten Höhe, die der Dritte anschließend jedoch nicht einhält. Es sind allerdings auch Sachverhaltskonstellationen denkbar, in denen sich die Dritte Person eigenmächtig und in Missbrauchsabsicht das Blankett ohne oder gegen den Willen des Ausstellers verschafft.

Je nach Sachlage muss der Erklärende die §§ 242, 172, 405 BGB nach den Grundsätzen des Blankettmissbrauchs in entsprechender Anwendung gegen sich gelten lassen.¹⁴⁷ In Analogie zu § 172 II BGB muss nämlich derjenige, der ein Blankett mit seiner Unterschrift aus der Hand gibt, auch bei einer seinem Willen nicht entsprechenden Ausfüllung des Blanketts den dadurch geschaffenen Inhalt der Urkunde einem redlichen Dritten gegenüber, dem die Urkunde vorgelegt wird, als seine Willenserklärung gelten lassen.¹⁴⁸ Grund hierfür ist die Schutzbedürftigkeit des Erklärungsempfängers, der auf den äußeren Schein und Bestand der Willenserklärung vertraut, weil er ihr die abredewidrige Ausfüllung des zugrunde liegenden Blanketts nicht ansehen kann.¹⁴⁹ Zentrale Frage bei der Anwendung der Grundsätze des Blankettmissbrauchs ist typischerweise, ob der durch die äußerlich

¹⁴² So im Ergebnis auch *Brückner*, Online Banking, S.79; *Larenz/Wolf*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, § 46 Rn.57; *Langenbucher/Gößmann/Werner-Gößmann*, Zahlungsverkehr, § 4 Rn.71.

¹⁴³ *Bork*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs, Rn.1539; *Staudinger/Schilken*, § 167 Rn.34.

¹⁴⁴ *Brückner*, Online Banking, S.78.

¹⁴⁵ Siehe oben in Kap.2 A. I. 3. a. 1.) a.).

¹⁴⁶ Siehe hierzu unten in Kap.2 IV. 4. c.

¹⁴⁷ BGH WM 1992, 1392, 1393 f.; *Nobbe*, WM 2001, Sonderbeilage Nr.4, 1, 6.

¹⁴⁸ BGH WM 1992, 1392, 1393; BGH WM 1963, 912; BGH WM 1964, 153; BGH WM 1991, 57.

¹⁴⁹ *Pawlowski*, Allgemeiner Teil des BGB, § 5 Rn.736a f.; *Bork*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs, § 34 Rn.1650.

einwandfreie Willenserklärung geschaffene Rechtsschein dem Erklärenden zurechenbar ist.¹⁵⁰ Denn nur dann muss der Erklärende den Rechtsschein gegen sich gelten lassen.

Die Beurteilung der Zurechenbarkeit erfolgt nach den zur Rechtsscheinhaftung entwickelten allgemeinen Grundsätzen. Anknüpfungspunkt ist nach ständiger Rechtsprechung grundsätzlich das Verschuldensprinzip,¹⁵¹ sodass der Erklärende den Rechtsschein zumindest fahrlässig gesetzt haben muss.¹⁵² Im beleghaften Überweisungsverfahren kann der Kontoinhaber den Rechtsschein in zurechenbarer Weise durch Unterzeichnen eines Blankoüberweisungsauftrags setzen.¹⁵³ Eine entsprechende Anwendung der Grundsätze des Blankettmissbrauchs kann sich für Sammelüberweisungen ergeben. Dabei sind allerdings die Umstände des Einzelfalls und die Art und Weise des Sammelgiroverfahrens zu berücksichtigen.¹⁵⁴ Werden auf einem vom Überweisenden unterzeichneten Sammelüberweisungsformular beispielsweise die einzelnen Daten für die verschiedenen Überweisungen nicht ausdrücklich aufgelistet, sondern ist allein vermerkt, die als Anlage angehefteten Überweisungen seien von der Bank auszuführen, hält der BGH die Grundsätze des Blankettmissbrauchs bei drittmisbräuchlicher Beifügung weiterer Überweisungsaufträge für anwendbar.¹⁵⁵

Auch wenn die Anwendung der Grundsätze des Blankettmissbrauchs vornehmlich im beleghaften Überweisungsverfahren denkbar ist, müssen sie dem Grunde nach auch für die übrigen Überweisungsverfahren gelten. Legitimiert sich der Überweisende zu Beginn eines Zahlungsvorgangs und überlässt anschließend einer dritten Person die Eingabe der Überweisungsdaten, muss der Überweisende die Zahlungstransaktion unabhängig von der konkreten Verfahrensart grundsätzlich gegen sich gelten lassen.

Ist ein Überweisungsantrag dem Überweisenden nach den Grundsätzen des Blankettmissbrauchs zuzurechnen, erhält die Bank nach Ausführung der Überweisung einen Aufwendungsersatzanspruch gemäß §§ 670, 676a, 675 BGB gegen den Überweisenden und muss sich zur Schadloshaltung nicht auf prozessual schwieriger durchsetzbare Schadenersatzansprüche wegen vertraglicher Sorgfaltspflichtverletzung des Kontoinhabers stützen.

3.) Anfechtung einer wegen Rechtsschein zurechenbaren Willenserklärung?

Die Zulässigkeit der Anfechtung einer wegen Rechtsschein zurechenbaren Willenserklärung wird in der Literatur unterschiedlich beurteilt. Zumindest die Anfechtbarkeit der Anscheinsvollmacht wird überwiegend abgelehnt, denn mit dem Rechtsinstrument der Anfechtung lassen sich naturgemäß lediglich Willenserklärungen angreifen. Die Anscheinsvollmacht entsteht demgegenüber nicht auf Grundlage einer Willenserklärung, sondern auf dem faktischen Setzen eines rechtsscheinbegründenden Vertrauenstatbestands durch den Rechtsscheinhaftenden. Rein tatsächliches Handeln lässt sich im Gegensatz zu einer willenserklärungsgetragenen rechtsgeschäftlichen Handlung nicht mittels Anfechtung angreifen.¹⁵⁶

Anders bei der Duldungsvollmacht: Nach einer Ansicht verleiht der Vertretene dem Dritten eine Vollmacht kraft konkludenter Willenserklärung durch bewusste Inkaufnahme des drittseitigen Auftretens als Vertreter.¹⁵⁷ Folgerichtig unterläge diese konkludente Willenserklärung den allgemeinen

¹⁵⁰ Wurm, JA 1986, 577, 580.

¹⁵¹ BGHZ 5, 111, 116; BGH NJW 1982, 1513; NJW 1998, 1854, 1955; NJW-RR 1987, 308 f.

¹⁵² Soergel/Leptien, § 167 Rn.22; m.w.N. Staudinger/Schilken, § 167 Rn.40.

¹⁵³ Derleder/Knops/Bamberger-Oechsler, Handbuch zum deutschen und europäischen Bankrecht, § 43 Rn.4.

¹⁵⁴ Nobbe, WM-Sonderbeilage 2001, 1, 6.

¹⁵⁵ BGH WM 1992, 1392, 1393 f.

¹⁵⁶ M.w.N. Staudinger/Schilken, § 167 Rn.45; Soergel/Leptien, § 167 Rn.22.

¹⁵⁷ Merkt, AcP 204, 638 ff, 658 f.; Staudinger/Schilken, § 167 Rn.29a.

Anfechtungsregeln der §§ 119 ff. BGB.¹⁵⁸ Nach wohl herrschender Meinung erzeugt der Vertretene jedoch auch im Fall der Duldungsvollmacht durch rein tatsächliches Handeln einen Rechtsschein, dessen Wirkung nicht durch Anfechtung vernichtet werden kann, sodass die Anwendung der §§ 119 ff. BGB den Haftenden nicht von der Rechtsscheinwirkung der Duldungsvollmacht befreit end kann.¹⁵⁹

Wie die folgenden Ausführungen zeigen werden, ist die Anfechtung einer Anscheins- oder Duldungsvollmacht für den Überweisenden zumeist ohnehin eine denkbar schlechte Option und wird in der Praxis deshalb keine große Rolle spielen. Die bestehende Uneinigkeit über ihre Zulässigkeit bedarf in diesem Beitrag insofern keiner abschließenden Beurteilung.

Regelmäßig verfolgt der Anfechtende mit der Anfechtung seiner Willenserklärung das Ziel, sich von der Erfüllungsverpflichtung hinsichtlich einer Primärverbindlichkeit zu befreien. Der Anfechtungsgegner erhält im Gegenzug einen Schadensersatzanspruch aus § 122 I BGB auf Ersatz des Vertrauensschadens, sofern er nicht den Anfechtungsgrund kannte oder hätte kennen müssen (§ 122 II BGB). In keinem Fall darf der Schadensersatzanspruch das Erfüllungsinteresse übersteigen.

Bei Missbrauch im bargeldlosen Zahlungsverkehr ist die Höhe von Erfüllungsinteresse und Vertrauensschaden der Bank regelmäßig identisch: Durch Ausführung der dem Überweisenden durch die Rechtsscheinhaftung zurechenbaren Weisung entsteht zugunsten der Bank ein Aufwendungsersatzanspruch in Höhe des Überweisungsbetrags. Könnte der Überweisende sich durch Anfechtung von dieser Verbindlichkeit befreien, beliefe sich der hierdurch entstehende Vertrauensschaden der Bank ebenfalls auf den Überweisungsbetrag. Ohne dem Überweisenden zur Schadloshaltung in Hinblick auf die Anspruchshöhe dienlich zu sein, erleidet er beweisrechtliche Nachteile: Im Rahmen des Aufwendungsersatzanspruchs hat die Bank den in der Praxis verhältnismäßig schwer zu erbringenden Beweis über die schuldhafte Verursachung des Rechtsscheins¹⁶⁰ zu führen. Durch Anfechtung würde der Überweisende die Bank von dieser Beweisschwierigkeit befreien und ihr stattdessen den Schadensersatzanspruch nach § 122 I BGB „schenken“, der für die Bank nicht weniger ertragreich, aufgrund seiner Verschuldensunabhängigkeit¹⁶¹ prozessual jedoch entschieden einfacher durchsetzbar ist.

Die Inanspruchnahme des Anfechtungsrechts ist für den Überweisenden deshalb wenig ratsam und entsprechend selten in der Praxis. Vor diesem Hintergrund wird auf eine nähere Betrachtung der Diskussion um die Anfechtbarkeit von Anscheins- und Duldungsvollmacht vorliegend verzichtet.

Innerhalb des Blankettmissbrauchs ist zu unterscheiden: Gibt der Erklärende das Blankett freiwillig aus der Hand und erzeugt dadurch den Rechtsschein einer ihm zurechenbaren Willenserklärung, ist die Anfechtung gegenüber einem gutgläubigen Dritten nach dem Rechtsgedanken des § 172 II BGB ausgeschlossen.¹⁶² Bei unfreiwilligem Inverkehrbringen des Blanketts kann der Erklärende die ihm durch das Blankett zurechenbare Willenserklärung nach Maßgabe von § 119 I 2 BGB anfechten.¹⁶³

Gemäß dem Rechtsgedanken aus § 173 BGB ist eine Anfechtung bereits wegen mangelnden Entstehens einer Rechtsscheinvollmacht unnötig, wenn der Blankettmissbrauch evident oder dem ande-

¹⁵⁸ Staudinger/Schilken, § 167 Rn.45.

¹⁵⁹ So etwa Larenz/Wolf, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, § 48, 24; Köhler, BGB – Allgemeiner Teil, § 11 Rn.43.

¹⁶⁰ Bei der Duldungsvollmacht das Kennen und Dulden, bei der Anscheinsvollmacht die Möglichkeit der Kenntnisnahme und Intervention.

¹⁶¹ Palandt/Heinrichs/Ellenberger, § 122 Rn.1.

¹⁶² BGH 40, 65, 68; 297, 304; 113, 53; NJW 1996, 1469.

¹⁶³ Köhler, BGB – Allgemeiner Teil, § 7 Rn.28; Palandt/Heinrichs/Ellenberger, § 119 Rn.10.

ren Teil bekannt war.¹⁶⁴ Wegen § 122 BGB kann eine Anfechtung dem Überweisenden üblicherweise ohnehin auch im Falle des Blankettmissbrauchs nicht zur Schadloshaltung verhelfen.

c. Kündbarkeit des Überweisungsvertrags

Aufgrund seines werkvertraglichen Charakters kann der Überweisungsvertrag sowohl durch eine entsprechende Erklärung des Überweisenden als auch durch das überweisende Kreditinstitut nach § 676a III, IV BGB gekündigt werden.

1.) Kündigung durch den Überweisenden

Der Überweisende kann den Überweisungsauftrag gemäß § 676a IV BGB vor Beginn der Ausführungsfrist jederzeit und unabhängig von bestimmten Sachgründen kündigen. Nach Beginn der Ausführungsfrist ist eine Kündigung des Überweisungsvertrags nur dann noch zulässig, wenn sie der Bank des Begünstigten vor dem Zeitpunkt mitgeteilt wird, zu dem ihr der Überweisungsbetrag endgültig zur Verfügung gestellt wird (§ 676a IV 1 BGB). Die Bank des Überweisenden hat als Adressat der Kündigung die Empfängerbank unverzüglich über die Kündigung des Überweisungsauftrags zu unterrichten. Die Empfängerbank hat der überweisenden Bank anschließend den überwiesenen Betrag gemäß §§ 667, 675 BGB herauszugeben.¹⁶⁵ Eine Kündigung spielt in Missbrauchssachverhalten allerdings nur eine sehr untergeordnete Rolle. Zunächst kann nur ein tatsächlich bestehender Überweisungsauftrag vom Überweisenden gekündigt werden. Im ganz überwiegenden Teil der Fälle kommt ein Überweisungsvertrag in Ermangelung eines wirksamen Überweisungsangebots des Überweisenden hingegen gar nicht zustande. Besteht aus Gründen der Rechtsscheinhaftung¹⁶⁶ ausnahmsweise doch ein Überweisungsvertrag, wird der Überweisende bis zum Zeitpunkt des endgültigen Geldeingangs bei der Empfängerbank üblicherweise keine Kenntnis vom Missbrauchsgeschehen nehmen und folglich auch keine fristgerechte Kündigung des Überweisungsauftrags aussprechen.

2.) Kündigung durch das überweisende Kreditinstitut

Der Wortlaut des § 676a III BGB erlaubt auch dem überweisenden Kreditinstitut vor Beginn der Ausführungsfrist der Überweisung eine Kündigung ohne Angaben von Gründen.¹⁶⁷ Auch die bankseitige Kündigung ist im Rahmen von Missbrauchssachverhalten jedoch wenig praxisrelevant, denn gewöhnlich hat die Bank keine Kenntnis vom Missbrauch und ist deshalb selten Initiator der Missbrauchsreklamation. Zudem würde sie sich bei unzulässiger Kündigung gegebenenfalls kundenseitigen Schadensersatzansprüchen aussetzen, sodass die Banken sich in der Praxis im Umgang mit dem Rechtsinstrument der Kündigung in Zurückhaltung üben werden.

d. Vertragliche Schadensersatzansprüche

Der Grundsatz der Missbrauchshaftung der überweisenden Bank entbindet weder die Bank noch den Kontoinhaber von ihren girovertraglichen Sorgfaltspflichten. Die Missachtung dieser Pflichten

¹⁶⁴ *Medicus*, Allgemeiner Teil des BGB, § 56 Rn.914.

¹⁶⁵ *Kümpel*, Bank- und Kapitalmarktrecht, Rn.4.207

¹⁶⁶ Siehe hierzu oben in Kap.2 A. I. 3. b.

¹⁶⁷ Mag es zunächst systemwidrig erscheinen, dem Kreditinstitut eine grundlose Kündigung zuzugestehen (BT-Drucksache 14/745, S.20, 22; *Grundmann*, WM 2000, 2269, 2277), wird die Schutzlosigkeit des Überweisenden durch die Pflichten des Kreditinstituts aus dem Girovertrag relativiert. Im Rahmen der girovertraglichen Kontoführung ist die Bank dem Kunden nämlich grundsätzlich zur Durchführung der Überweisung verpflichtet (siehe oben in Kap.2 A. I. 2.). Eine grundlose Kündigung würde deshalb als girovertragliche Pflichtverletzung zur Schadensersatzhaftung des Kreditinstituts nach §§ 280 I, 676f BGB führen (Staudinger/*Martinek*, § 676a Rn.18).

kann verschuldensabhängige Schadensersatzansprüche gemäß §§ 280 I, 241 II, 676f BGB begründen. Voraussetzung hierfür sind eine vertragliche Pflichtverletzung, ein kausaler Schaden des Anspruchstellers sowie Verschulden des Schädigers.

Der Kontoinhaber ist generell verpflichtet, das Risiko einer Schädigung der kontoführenden Bank durch drittseitige Fälschung von Überweisungsaufträgen durch angemessenes Verhalten weitestgehend auszuschließen.¹⁶⁸ Zur Konkretisierung dieses Verhaltensgrundsatzes hat der Bundesgerichtshof in seiner Rechtsprechung verschiedene Sorgfaltspflichten eines Kontoinhabers herausgearbeitet: Nach Abhandenkommen seiner Ausweispapiere hat er seiner Bank beispielsweise eine Verlustmeldung zu erstatten, denn sie könnten von einem Dritten zur fälschlichen Autorisierung von Überweisungsaufträgen missbraucht werden.¹⁶⁹ Ferner hat er seine Kontobewegungen und Kontoständen zu kontrollieren und gegebenenfalls bei Unregelmäßigkeiten seine Bank zu informieren, damit diese eine Fehlbuchung zeitnah rückgängig machen und zukünftigen Missbräuchen entgegenwirken kann.¹⁷⁰

Die überweisende Bank trifft ihrerseits die Pflicht zur Rückfrage beim Überweisenden, wenn sich der Verdacht eines Missbrauchs aufdrängt.¹⁷¹

Neben diesen allgemeinen Verhaltenspflichten bestehen jeweils verfahrensspezifische Sorgfaltspflichten hinsichtlich der unterschiedlichen Überweisungsarten.

1.) Beleghaftes Überweisungsverfahren

Im beleghaften Überweisungsverfahren bildet das Überweisungsformular, auf dem die Überweisungsdaten vom Überweisenden einzutragen sind, die Hauptangriffsfläche für Drittmisbrauch. Zu den Sorgfaltspflichten gehören deshalb insbesondere die sorgfältige Aufbewahrung vorcodierter Überweisungsformulare¹⁷² und die ordnungsgemäße Eintragung der Daten auf dem Überweisungsvordruck.¹⁷³ Hat der zur Überweisung berechtigte ein Überweisungsformular bereits mit seiner Unterschrift versehen, muss er den unterschriebenen Überweisungsträger unter erhöhtem Schutz vor unberechtigtem Zugriff durch Dritte verwahren.¹⁷⁴

2.) Belegloses Überweisungsverfahren

Im beleglosen Überweisungsverfahren kann Missbrauch grundsätzlich nur unter unberechtigter Verwendung der Zahlungskarte unter Eingabe der karteneigenen PIN erfolgen. In der Regel verwenden die Kreditinstitute bei der Ausgabe von ec-Karten als allgemeine Geschäftsbedingungen die von den Spitzenverbänden der Kreditwirtschaft entwickelten Regelungswerke der „Bedingungen für den ec-/Maestro-Service“ (kurz: ec-/Maestro-Bedingungen) bzw. der „Bedingungen für die Verwendung von SparkassenCards“ (kurz: SparCard-Bedingungen). Diese formulieren ausdrücklich eine Reihe von Verhaltenspflichten des Karteninhabers im Umgang mit Karte und PIN.¹⁷⁵ In den SparCard-Bedingungen der öffentlichen Kreditinstitute gelten die Sorgfaltspflichten über die pauschale Verweisung des Abschnitt C. 2 auf Abschnitt A. II. 6.2, 6.3 und 6.4 SparCard-Bedingungen. Darüber hinaus sieht Abschnitt C. 4 SparCard-Bedingungen im Falle des Miss-

¹⁶⁸ BGH WM 85, 511; BGH WM 1994, 2073; Schimansky/Bunte/Lwowski-Schimansky, Bankrechts-Handbuch, Band I, § 49 Rn.29.

¹⁶⁹ BGH WM 1967, 1142, 1143.

¹⁷⁰ BGH WM 1985, 511.

¹⁷¹ BGH WM 2004, 1625.

¹⁷² BGH WM 1994, 2073, 2074.

¹⁷³ BGH WM 1991, 1452, 1458; WM 1977, 580, 581.

¹⁷⁴ Kümpel, Bank- und Kapitalmarktrecht, S.490 Rn.4.173.

¹⁷⁵ Siehe ausf. unten in Kap.2 A. II. 1. d. 1.) e.).

brauchs eine Haftungsprivilegierung des Karteninhabers gegenüber der gesetzlichen Ausgangslage vor: Zeitlich haftet der Karteninhaber nur bis zum Zeitpunkt der Verlustmeldung beim Kartenemittenten bzw. dem zentralen Sperrannahmedienst. Für Schäden nach Verlustmeldung haftet der berechnigte Karteninhaber entsprechend der allgemeinen Gesetzeslage nur bei Verschulden. Rein deklaratorisch erklärt der Kartenemittent ferner bei eigenem Verschulden die Regeln des Mitverschuldens für anwendbar. Privilegierend wirkt sich für den Kartenberechtigten allerdings aus, dass er vor Verlustanzeige nur bei grober Fahrlässigkeit haftet. Als grob fahrlässige Verhaltensweisen nennt die Vorschrift exemplarisch den Vermerk der Geheimzahl auf der Karte selbst sowie die Verwahrung der PIN gemeinsam mit der Karte, die Mitteilung der PIN gegenüber Dritten sowie die verspätete Verlustmeldung gegenüber dem Kartenemittenten bei Abhandenkommen der Karte. Als quantitative Haftungsbegrenzung bestimmt die Regelungen des Abschnitts C. 4 den Betrag von 1.000 Euro pro Kalendertag. Die genannten Haftungsprivilegierungen der SparCard-Bedingungen finden allerdings nur Anwendung, wenn der berechnigte Karteninhaber deren Voraussetzungen glaubhaft darlegt und Anzeige bei der Polizei erstattet.

Während die SparCard-Bedingungen Überweisungen an Selbstbedienungsterminals ausdrücklich in ihren Geltungsbereich einbeziehen, nehmen die ec-/maestro-Bedingungen der Privatbanken nicht explizit Bezug auf das beleglose Überweisungsverfahren und werden vom im Regelungstext definierten Geltungsbereich der Regelungen nicht erfasst: Abschnitt I. der ec-maestro-Bedingungen erlaubt dem Karteninhaber die Nutzung der Karte nur für einen abschließenden Kanon enumerativ bezeichneter bankgeschäftlicher Aktivitäten, der Überweisungstransaktionen am Bankterminal nicht explizit nennt, obwohl eine Überweisung auf Grundlage des eigens von den Banken zur Verfügung gestellten beleglosen Überweisungs-Services ohne Verwendung der ec-Karte gar nicht durchführbar wäre. Da die Bereitstellung der Selbstbedienungsterminals ohne kundenseitige Nutzung unter Einsatz der Zahlungskarte leer laufen würde, muss der Geltungsbereich der Kartenbedingungen in Abschnitt I. 1. extensiv ausgelegt werden, sodass er auch das beleglose Überweisungsverfahren am Bankterminal erfasst. Sowohl die in den Bedingungen genannten Sorgfaltspflichten des Karteninhabers in Bezug auf den Umgang mit der Karte¹⁷⁶ als auch die Haftungsprivilegierung der Kartenbedingungen gegenüber der gesetzlichen Ausgangslage sind deshalb auch bei der Haftung für Missbrauch im beleglose Überweisungsverfahren zu berücksichtigen. Gegenüber der Regelung des Abschnitts C. 4 SparCard-Bedingungen sind die Haftungsprivilegierungen der ec-/maestro-Bedingungen allerdings weniger weit reichend.¹⁷⁷

3.) Electronic-Banking

Von entscheidender Bedeutung für die Konkretisierung der kundenseitigen Sorgfaltspflichten beim *Electronic-Banking* sind die *Online-* bzw. *Homebanking*-Musterbedingungen (kurz: *Online-* bzw. *Homebanking*-Bedingungen), die von der Kreditwirtschaft entwickelt wurden und regelmäßig als Zusatzvereinbarungen in den Girovertrag einbezogen werden.¹⁷⁸ Zwischen den Bedingungen von Privatbanken und Sparkassen bestehen nur leichte Abweichungen. Da die größte Missbrauchsgefahr beim *Electronic-Banking* in der unautorisierten Verwendung der Legitimationsdaten des Kontoinhabers durch einen unberechtigten Dritten liegt und die Erkennbarkeit des Missbrauchs für das überweisende Kreditinstitut denkbar gering ist, betreffen die zentralen Sorgfaltspflichten des Nut-

¹⁷⁶ Diese entsprechen denjenigen der SparCard-Bedingungen.

¹⁷⁷ Siehe hierzu ausff. unten in Kap.2 A. II. 1. d. 1.) e.) (3.), (4.).

¹⁷⁸ Derleder/Knops/Bamberger-Borges, Handbuch zum deutschen und europäischen Bankrecht, § 8 Rn.15 ff.

zers in Hinblick auf Missbrauchsvorgänge die sorgfältige Aufbewahrung der ausgegebenen Legitimationsmittel und ihren Schutz vor unberechtigtem Zugriff.¹⁷⁹

Der Kontoinhaber hat dafür Sorge zu tragen, dass keine andere Person Kenntnis von der PIN¹⁸⁰ und den TAN erhält.¹⁸¹ Diese Pflicht wird durch eine Reihe von Verhaltenspflichten des Kontoinhabers spezifiziert. Insbesondere ist er selbst dann zur Geheimhaltung der Legitimationsdaten verpflichtet, wenn er durch *Phishing-Mails* zur Preisgabe der Legitimationsdaten aufgefordert wird und wegen einer geschickten Tarnung des Absenders glaubt, die Daten seinem Kreditinstitut zu übermitteln.¹⁸² Darüber hinaus hat der Kontoinhaber bei Feststellung von Missbrauchsverdacht im Rahmen seiner allgemeinen Schadensminderungspflicht die PIN zu ändern und die verbleibenden TAN zu sperren.¹⁸³ Eine generelle Pflicht zur regelmäßigen Änderung der PIN kann dem Kontoinhaber aufgrund der Vielzahl der im modernen Leben verwendeten Passwörter und Geheimnummern dagegen nicht zugemutet werden.¹⁸⁴

Ab dem Zeitpunkt des Zugangs einer kundenseitigen Sperrnachricht haftet das Kreditinstitut für alle Schäden, die aus ihrer Nichtbeachtung entstehen.¹⁸⁵

4.) Telefon-Banking

Hat der Bankkunde mit der Bank eine Nutzungsvereinbarung zum Telefon-Banking-Service getroffen, bestimmen die Vertragsbedingungen üblicherweise ebenfalls gewisse verfahrensspezifische Sorgfaltspflichten des Kunden. Auch hier steht der sorgfältige Umgang mit den für die Inanspruchnahme des Telefon-Banking-Service erforderlichen Sicherheitsdaten im Vordergrund. Aber auch ohne explizite Nennung spezifischer Verhaltenspflichten ist der Kunde nach § 241 II BGB verpflichtet, die Legitimationsdaten durch die Anwendung angemessener Sorgfalt vor der Kenntnisnahme Dritter zu schützen, um den Drittmissbrauch der Daten und eine unberechtigte Durchführung von Überweisungstransaktionen zu vermeiden.¹⁸⁶ Insbesondere die vorsätzliche oder fahrlässige Weitergabe der Legitimationsdaten an unberechtigte Dritte, ihre fahrlässig oder vorsätzlich unsichere Aufbewahrung und die sonstige fahrlässige oder vorsätzliche Ermöglichung der Kenntnisnahme durch Dritte, wie etwa die ungeschützte Eingabe der PIN in das Telefon unter Anwesenheit Dritter, stellen derartige Sorgfaltspflichtverletzungen dar.¹⁸⁷

II. Zahlungskarten

Auch wenn der tatsächliche Verwendungsablauf und die mehrgliedrige rechtliche Grundstruktur von ec- und Kreditkartenzahlung durchaus ähnlich sind, unterscheiden sich die Rechtsfolgen bei Drittmissbrauch beider Zahlungskartentypen aufgrund gewichtiger Unterschiede in ihren Sicherheitskonzepten erheblich voneinander.

¹⁷⁹ Recknagel, Internet-Banking, S.222.

¹⁸⁰ Nr.8 II Homebanking-Bedingungen/Banken; Nr.6 S.2 Homebanking-Bedingungen/Sparkassen.

¹⁸¹ Nr.8 S.1 Online-Bedingungen/Banken; Nr.7 S.1 Online-Bedingungen/Sparkassen.

¹⁸² Recknagel, Internet-Banking, S.222.

¹⁸³ Recknagel, Internet-Banking, S.224.

¹⁸⁴ Recknagel, Internet-Banking, S.224.

¹⁸⁵ Nr.9 Online-Bedingungen/Banken a.E.; Nr.7 Online-Bedingungen/Sparkassen a.E.; Nr.9 Homebanking-Bedingungen/Banken a.E.; Nr.7 S.2 Homebanking-Bedingungen/Sparkassen.

¹⁸⁶ Zietsch, Die Haftung im Telefon-Banking-Verfahren, S.112 f.

¹⁸⁷ Zietsch, Die Haftung im Telefon-Banking-Verfahren, S.113 ff.

1. ec-/Debitkarte

a. Einführung

Die ec-Karte ist kein Wertpapier,¹⁸⁸ sondern ein Legitimationsdokument des Kunden, dem die zusätzliche Funktion eines Datenträgers für zahlungsverkehrstechnische Daten wie Konto- und Kartennummer sowie Bankleitzahl innewohnt.¹⁸⁹ Neben der Abhebung von Bargeld am Geldautomaten ermöglicht sie dem Karteninhaber insbesondere die Durchführung von Überweisungen an Selbstbedienungsterminals von Bankfilialen¹⁹⁰ und die bargeldlose Bezahlung an automatisierten Kassen.¹⁹¹ Für ec-kartengestützte Zahlungen müssen die automatisierten Kassen entweder an das inländische *electronic-cash*-System angeschlossen sein, das durch Einführung des Maestro-Systems um zahlreiche ausländische Vertragsunternehmen erweitert wurde,¹⁹² oder die Vertragsunternehmen haben sich eines sogenannten „wilden Lastschriftverfahrens“ zu bedienen.

b. Das electronic-cash-System

Das *electronic-cash*-System basiert auf der „Vereinbarung über ein institutsübergreifendes System zur bargeldlosen Zahlung an automatisierten Kassen“, die im September 1994 zwischen den Spitzenverbänden der deutschen Kreditwirtschaft abgeschlossen wurde.¹⁹³ Im *electronic-cash*-Verfahren wird die Debitkarte beim Vertragsunternehmen zunächst durch ein Kartenlesegerät gezogen. Anschließend gibt der Karteninhaber auf einem extra hierfür vorgesehenen, an die Kasse angeschlossenen Ziffernblock seine PIN ein¹⁹⁴ und bestätigt durch Tastendruck den Zahlungsbetrag. Dadurch werden die auf dem Magnetstreifen der Debitkarte gespeicherten Daten, der Rechnungsbetrag und die PIN verschlüsselt auf elektronischem Wege an ein Autorisierungssystem des Kartenemittenten übermittelt.¹⁹⁵ Das Autorisierungssystem überprüft, ob eine Kartensperrung vorliegt, die Richtigkeit der Daten und der PIN sowie die Einhaltung des im Vorfeld zwischen Karteninhaber und Kartenemittent vereinbarten Verfügungsrahmens und sendet die positive bzw. negative Antwort ebenfalls verschlüsselt an das *Point-of-Sale-Terminal* zurück.¹⁹⁶ Bei positiver Rückmeldung wird der Rechnungsbetrag im Terminal gespeichert und der Vertragshändler veranlasst ein Inkassoinstitut zum Einzug des Geldes vom Konto des Karteninhabers und zu dessen Gutschrift auf dem Händlerkonto.¹⁹⁷ Die Beschaffung und Bereitstellung der POS-systemtauglichen Kasse sowie des POS-Terminals obliegt dem Vertragsunternehmen selbst.¹⁹⁸ Ursprünglich wurde das POS-System ausschließlich von der Gesellschaft für Zahlungssysteme (GZS) betrieben, doch diese monopolisierte Stellung wurde schließlich durch Zulassung zahlreicher weiterer konkurrierender Netzbetreiber aufgehoben.¹⁹⁹

¹⁸⁸ Hellner/Steuer-Werner, Bankrecht und Bankpraxis, Band 3, Rn.6/1313.

¹⁸⁹ Staudinger/Martinek, § 676h Rn.77.

¹⁹⁰ Siehe oben in Kap.2 A. I. 3. a. 1.) a.) (2.).

¹⁹¹ Langenbucher/Gößmann/Werner, Zahlungsverkehr, § 5 Rn.1.

¹⁹² Hellner/Steuer-Werner, Bankrecht und Bankpraxis, Band 3, Rn.6/1589.

¹⁹³ Staudinger/Martinek, § 676h Rn.87.

¹⁹⁴ Im Rahmen des Maestro-Systems reicht zur Legitimation des Karteninhabers bei ausländischen Vertragsunternehmen statt Eingabe der PIN häufig auch die Unterschrift des Karteninhabers aus (vgl. Staudinger/Martinek, § 676h Rn.84).

¹⁹⁵ Einsele, Bank- und Kapitalmarktrecht, § 6 Rn.181.

¹⁹⁶ Langenbucher/Gößmann/Werner-Koch/Vogel, Zahlungsverkehr, § 5 Rn.34.

¹⁹⁷ Langenbucher/Gößmann/Werner-Koch/Vogel, Zahlungsverkehr, § 5 Rn.34.

¹⁹⁸ Staudinger/Martinek, § 676h Rn.84.

¹⁹⁹ Staudinger/Martinek, § 676h Rn.84.

In rechtlicher Hinsicht zeichnet sich die Debitkartenzahlung durch eine dreigliedrige Struktur aus, in der zwischen Kartenemittent, Karteninhaber und Vertragsunternehmen jeweils selbständige Vertragsverhältnisse bestehen.

Die Inhaberschaft einer Debitkarte folgt nicht als einfacher „Reflex“ aus der Führung eines Girokontos, da der Kontoinhaber keinen girovertraglichen Anspruch auf die Ausgabe einer Debitkarte hat.²⁰⁰ Stattdessen werden die Ausgabe und das Nutzungsrecht der Debitkarte zwischen Kartenemittent und Karteninhaber neben dem Giroverhältnis gesondert in einem selbständigen Kartenvertrag vereinbart.²⁰¹ Die detaillierte Ausgestaltung der Rechte und Pflichten ergeht aus den Kundenbedingungen für die Verwendung der Debitkarte, die sowohl von den privaten, als auch von den öffentlichrechtlichen Kartenemittenten jeweils in einheitlicher Formulierung als allgemeine Geschäftsbedingungen verwendet werden.²⁰² Als Geschäftsbesorgungsvertrag mit dienstvertraglichem Charakter²⁰³ berechtigt der Kartenvertrag den Karteninhaber zur Inanspruchnahme der zuvor genannten verschiedenen kartengestützten Bankdienstleistungen.

Durch Verwendung der Debitkarte am POS-Terminal leitet der Karteninhaber eine Autorisierungsanfrage des Zahlungsvorgangs ein und weist den Kartenemittenten dadurch gemäß § 665 BGB zur Zahlung an das Vertragsunternehmen an. Aus dem Kartenvertrag ist der Kartenemittent zur Vornahme dieser Zahlung verpflichtet. Aus ihr ergibt sich wiederum ein Aufwendungsersatzanspruch des Kartenemittenten gegenüber dem Karteninhaber gemäß §§ 675, 670 BGB, der den Kartenemittenten zur Belastung des Kontos des Karteninhabers in Höhe des Zahlungsbetrags berechtigt.²⁰⁴ Außerdem hat der Karteninhaber eine Reihe emissionsvertraglicher Sorgfaltspflichten zum Schutz der Karte vor unberechtigter Verwendung durch Dritte einzuhalten.²⁰⁵

Grundlage des Vollzugsverhältnisses zwischen Kartenemittent und Vertragsunternehmen ist der Teilnahmevertrag, dem die „Bedingungen für die Teilnahme von Handels- und Dienstleistungsunternehmen am *electronic-cash*-System der deutschen Kreditwirtschaft“ (kurz: Händlerbedingungen) zugrunde liegen. Vertragspartner des Teilnahmevertrags ist auf der einen Seite das Vertragsunternehmen, das sich am *electronic-cash*-System beteiligen möchte, und auf der anderen Seite die deutsche Kreditwirtschaft, die ihrerseits die kartenemittierenden Kreditinstitute vertritt.²⁰⁶ Nach Nr.1 der Händlerbedingungen ist das Vertragsunternehmen durch den Teilnahmevertrag zur Teilnahme am *electronic-cash*-System der deutschen Kreditwirtschaft berechtigt. Das Vertragsunternehmen ist

²⁰⁰ Langenbucher/Gößmann/Werner-Koch/Vogel, Zahlungsverkehr, § 5 Rn.15.

²⁰¹ Der Rechtscharakter von Ausgabe- und Nutzungsvereinbarungen ist strittig: Mit der Debitkarte sind i.d.R. allein kontobezogene Bankserviceleistungen durchführbar, sodass die Kartenvereinbarung z.T. als unselbständige Zusatzvereinbarung zum Girovertrag qualifiziert wird (Staudinger/Martinek, § 676h Rn.88); überzeugender erscheint es hingegen, der Kartenvereinbarung aufgrund der Vielzahl der durch die Vereinbarung gewährten zusätzlichen Dienstleistung selbständigen Charakter zusprechen und sie als vom Girovertrag losgelösten Kartenvertrag zu verstehen (Langenbucher/Gößmann/Werner, Zahlungsverkehr, § 5 Rn.13).

²⁰² Die Privatbanken verwenden in der Regel die von den Spitzenverbänden der deutschen Kreditwirtschaft formulierten Bedingungen für den ec-/Maestro-Service (vgl. aktuelle Fassung vom Juli 2002, zuletzt abgerufen am 18.03.2009 unter http://www.bankenverband.de/pic/artikelpic/102003/Maestro-Service_Muster.pdf), während die Spar- und Girokassen üblicherweise eigene vereinheitlichte Bedingungen verwenden (aktuelle Fassung vom November 2006, zuletzt abgerufen am 18.03.2009 unter: https://www.ksk-koeln.de/Bedingungen_fuer_die_Verwendung_von_SparkassenCards.pdf).

²⁰³ Derleder/Knops/Bamberger-Metz, Handbuch zum deutschen und europäischen Bankrecht, § 48 Rn.11; Palandt/Sprau, § 676h Rn.7; Langenbucher/Gößmann/Werner, Zahlungsverkehr, § 5 Rn.13.

²⁰⁴ Staudinger/Martinek, § 676h Rn.88.

²⁰⁵ Vgl. ausf. unten in Kap.2 A. II. 1. d. 1.) e.).

²⁰⁶ Auch wenn der Vertragsschluss in der Praxis zwischen dem Händler und einem einzelnen das POS-System anbietenden Kreditinstitut vollzogen wird, gilt nicht nur das einzelne vertragsschließende Kreditinstitut als verpflichtet, sondern die gesamte ec-kartenemittierende Kreditwirtschaft, vgl. ausf. Hellner/Steuer-Werner, Bankrecht und Bankpraxis, Band 3, Rn.6/1520 ff.; Einsele, Bank- und Kapitalmarktrecht, § 6 Rn.192.

seinerseits zu dessen ordnungsmäßigem Gebrauch und zur Kartenakzeptanz verpflichtet, wenn ein Karteninhaber sich zur bargeldlosen Zahlung mittels *electronic-cash*-Karte oder einer mit *electronic-cash*-Zeichen versehenen Kundenkarte eines Kartenemittenten entschließt (Nr.2 der Händlerbedingungen i.V.m. dem technischen Anhang).²⁰⁷ Darüber hinaus wird dem Vertragsunternehmen für jede kartengestützte Zahlung ein in Nr.5 der Händlerbedingungen festgelegtes bzw. umsatzabhängiges Entgelt berechnet.²⁰⁸ Bei ordnungsgemäßigem Karteneinsatz am zugelassenen POS-Terminal hat der einzelne Kartenemittent gemäß Nr.4 der Händlerbedingungen den Zahlungsvorgang zu autorisieren und dem Vertragsunternehmen den umgesetzten Betrag zu erstatten. Nach h.M. gilt diese Vereinbarung als abstraktes Schuldversprechen des Kartenemittenten gemäß § 780 BGB, dessen Schriftform wegen § 350 HGB entbehrlich ist.²⁰⁹ Nach anderer Ansicht ist die Vereinbarung nicht als abstraktes Schuldversprechen, sondern als Garantievertrag zu qualifizieren.²¹⁰

Dem Valutaverhältnis zwischen Karteninhaber und Vertragsunternehmen liegt zumeist eine schuldrechtliche Verbindlichkeit zugrunde, die der Karteninhaber durch die Debitkartenzahlung zu tilgen beabsichtigt. Zu diesem Zweck ergibt sich zugunsten des Karteninhabers gegenüber dem Vertragsunternehmen aus der Drittwirkung des Teilnahmevertrags als echtem Vertrag zugunsten Dritter (§ 328 BGB) i.V.m. Nr.2 der Händlerbedingungen das Recht zur aufschlagslosen Debitkartenzahlung zu Bargeldzahlungskonditionen.²¹¹ Nimmt der Karteninhaber dieses Recht in Anspruch und verwendet die Debitkarte zur Bezahlung, gilt die autorisierte Verwendung der Karte hinsichtlich der schuldrechtlichen Verbindlichkeit im Valutaverhältnis als Leistung erfüllungshalber.²¹² Nur so kann sich das Vertragsunternehmen bei Ausbleiben der Zahlung des Kartenemittenten zur Schadloshaltung an den Karteninhaber wenden. Würde die Verbindlichkeit des Karteninhabers gegenüber dem Vertragsunternehmen bereits mit der Schuldübernahme des Kartenemittenten zum Zeitpunkt der Autorisierung des Zahlungsvorgangs erlöschen, könnte das Vertragsunternehmen nicht mehr auf den Karteninhaber als ursprünglichen Schuldner zurückgreifen und hätte ohne plausiblen Grund das Insolvenzrisiko des Kartenemittenten zu tragen.

c. Das POZ-System und „wilde Lastschriftverfahren“

Neben dem POS-Verfahren, in dessen Rahmen das kartenemittierende Kreditinstitut durch die elektronische Autorisierung des Zahlungsvorgangs ein abstraktes Schuldversprechen abgibt und dem Vertragsunternehmen dadurch die Befriedigung seiner Ansprüche aus dem Valutaverhältnis garantiert, entwickelte sich das sogenannte POZ-Verfahren (*point-of-sale* ohne Zahlungsgarantie). Es handelte sich um ein elektronisches Lastschriftverfahren, das sich vom *electronic-cash*-Verfahren insbesondere dadurch unterschied, dass beim Zahlungsvorgang keine Autorisierung des Kartenemittenten eingeholt wurde und dieser kein abstraktes Schuldversprechen zugunsten des Vertragsunternehmens abgab. Stattdessen ermächtigte der Karteninhaber das Vertragsunternehmen durch Verwendung der Debitkarte zur Abbuchung des umgesetzten Zahlungsbetrags von seinem Girokonto. Dazu wurden bei dem Zahlungsvorgang die auf dem Magnetstreifen der Karte gespei-

²⁰⁷ Staudinger/*Martinek*, § 676h Rn.89; zu den zugelassenen Debitkarten gehören neben der ec-/Maestro-Karte ebenfalls sowohl die SparCard der Sparkassen als auch die BankCard der genossenschaftlichen Institute sowie eine Reihe von Bankkarten privater Kreditinstitute (Staudinger/*Martinek*, § 676h Rn.84).

²⁰⁸ Für Umsätze bis zu 25,56 € wird ein Entgelt i.H.v. 0,08 €, für höhere Umsätze ein 0,3-prozentiges Entgelt des Umsatzes berechnet.

²⁰⁹ *Einsele*, WM 1999, 1803-1810; dies., Bank- und Kapitalmarktrecht, § 6 Rn.196; Langenbucher/Gößmann/Werner-Koch/*Vogel*, Zahlungsverkehr, § 5 Rn.41; *Grundmann*, HGB-Kommentar Ebenroth/Boujong/Joost, BankR II, Rn.316.

²¹⁰ *Kümpel*, Bank- und Kapitalmarktrecht, Rn.4.912 ff.

²¹¹ *Einsele*, Bank- und Kapitalmarktrecht, § 6 Rn.197.

²¹² *Einsele*, Bank- und Kapitalmarktrecht, § 6 Rn.198.

cherten Daten eingelesen, sodass anschließend als Kassenbeleg eine Lastschrift ausgedruckt werden konnte, die der Karteninhaber zu unterschreiben hatte.²¹³ Um die Verwendung gesperrter Debitkarten auszuschließen, erfolgte bei Überschreitung eines bestimmten Zahlungsbetrags am Kassenterminal auf elektronischem Weg die Abfrage einer Sperrdatei, für die das Vertragsunternehmen pro Abfragevorgang ein Entgelt zu entrichten hatte. Der wirtschaftliche Vorteil des Vertragsunternehmens bei der Inanspruchnahme des POZ-Systems lag in der Kostenersparnis der sich aus dem ec-Teilnahmevertrag ergebenden umsatzgebundenen Nutzungsgebühren. Allerdings wurde dem POZ-Verfahren mit Auflösung der „Vereinbarung zum POZ-System“ durch die Spitzenverbände der deutschen Kreditwirtschaft am Ende des Jahres 2006 die Grundlage entzogen und das gesamte Verfahren eingestellt.

Überlebt hat demgegenüber eine weitere Gattung kartengestützter Zahlungsverfahren. In der Praxis bedienen sich zahlreiche Vertragsunternehmen „wilder POZ-Verfahren“, auch „wilde Lastschriftverfahren“ oder „ELV“ (Elektronisches Lastschriftverfahren) genannt.²¹⁴ Diese Verfahren wurden von Vertragsunternehmen vor Entstehen des herkömmlichen POZ-Verfahrens entwickelt und besitzen keine einheitliche Grundlage durch Interbankenabkommen.²¹⁵ Im Unterschied zum normalen POZ-Verfahren wird bei den wilden Verfahren keine Abfrage der Sperrdatei vorgenommen, sodass entsprechende Abfragegebühren gegenüber den Kartenemittenten entfallen. Abgesehen von dieser Abweichung entspricht die Abwicklung des Zahlungsvorgangs derjenigen des normalen POZ-Verfahrens. Rechtsdogmatisch ist ein „wildes POZ-Verfahren“ als Lastschriftverfahren zu behandeln und wird deshalb nachfolgend als „wildes Lastschriftverfahren“ bezeichnet.²¹⁶ Das wilde Lastschriftverfahren unterscheidet sich von der *electronic-cash*-Transaktion dadurch, dass es bei Verwendung der Karte an einer automatisierten Kasse auf die Eingabe der PIN verzichtet. Eine Weisung des Zahlungspflichtigen gegenüber seiner Bank erfolgt also gerade nicht.²¹⁷ Statt der für eine Autorisierungsanfrage erforderlichen Eingabe der PIN unterschreibt der Kartenverwender im wilden Lastschriftverfahren lediglich eine an der Kasse ausgedruckte Einzugsermächtigung und überlässt sie dem Zahlungsempfänger.²¹⁸ Die Besonderheit gegenüber dem herkömmlichen Lastschriftverfahren liegt neben dem praktischen Verfahrensablauf darin, dass der Karteninhaber das Vertragsunternehmen durch Unterschrift auf dem Kassenbeleg nur zur Einziehung dieses einen im Valutaverhältnis vereinbarten Betrags ermächtigt.²¹⁹

d. Haftung im Bank-Kunden-Verhältnis für missbräuchliche Verwendung der ec-Karte durch Dritte

Hinsichtlich der Haftungsrisikoverteilung für missbräuchliche Verwendung der ec-Karte durch Dritte ist zwischen den verschiedenen Zahlungsverfahren zu unterscheiden. Aufgrund der Einstellung des POZ-Verfahrens zum Ende des Jahres 2006 beschränken sich die nachfolgenden Ausführungen auf das *electronic-cash*- und das „wilde Lastschriftverfahren“.

²¹³ Einsele, Bank- und Kapitalmarktrecht, § 6 Rn.208 f.

²¹⁴ Zu den „wilden Lastschriftverfahren“ ausf. Harbeke, WM 1994, Sonderbeilage Nr.1, 3, 12 ff.

²¹⁵ Staudinger/Martinek, § 676h Rn.93.

²¹⁶ Vgl. daher die Ausführung zum Lastschriftverfahren in Kap.2 III.

²¹⁷ Weber, Recht des Zahlungsverkehrs, S.160.

²¹⁸ Jacob, Die zivilrechtliche Beurteilung des Lastschriftverfahrens, S.12.

²¹⁹ Zum Verfahrensablauf im Einzugsermächtigungsverfahren siehe Kap.2 III. 2.

1.) electronic-cash-Verfahren

a.) Missbrauchspraktiken im *electronic-cash*-Verfahren

Missbrauch im *electronic-cash*-Verfahren ist im Verhältnis zu den übrigen vorliegend untersuchten Kartenzahlungsmethoden für den Missbrauchstäter vergleichsweise aufwändig. Neben der Beschaffung einer am POS-Terminal einlesbaren EC-Karte zum Zugriff auf das Konto des berechtigten Karteninhabers hat der Täter das systemimmanente Sicherheitsmerkmal der PIN-Eingabe zu überwinden.

Um in den Besitz einer einlesbaren EC-Karte zu gelangen, sind zwei typische Vorgehensweisen des Missbrauchstäters denkbar: In Betracht kommt zunächst die Inbesitznahme der Originalkarte. Stiehlt, unterschlägt oder verschafft sich der Täter anderweitig mit oder ohne Wissen des berechtigten Inhabers die EC-Karte, kann er diese ohne weiteres unberechtigt am POS-Terminal verwenden. Eine Überprüfung der Berechtigung des Kartenverwenders durch Identifizierung anhand persönlicher Merkmale sieht das *electronic-cash*-Verfahren nicht vor. Eine systemspezifische kriminelle Technik zur unberechtigten Beschaffung der EC-Karte ist bekannt geworden unter der Bezeichnung „algerische“ bzw. „libanesishe Schlinge“.²²⁰ Bei dieser Methode präpariert der Täter den Geldautomaten durch Anbringung einer Vorrichtung, welche die Rückgabe der Karte verhindert. Anschließend angelt er die EC-Karte mit einer eigens hierfür angefertigten „Schlinge“ aus dem Geldautomaten und nimmt sie an sich.²²¹ Mit der kriminellen Beschaffung der Original-EC-Karte einher geht allerdings ein aus Täterperspektive ungewolltes, verhältnismäßig hohes Risiko der Enttarnung, denn sie verlangt engen Kontakt mit dem Berechtigten und häufig kriminelles Tätigwerden in der Öffentlichkeit. Sobald der Berechtigte Kenntnis vom Fehlen der Karte hat, veranlasst er zudem regelmäßig ihre Sperrung durch Verlustmeldung beim Kartenemittenten, sodass weitere missbräuchliche Verwendungen der Karte im *electronic-cash*-Verfahren sowie zur Ausgabe von Bargeld am Geldautomaten nicht mehr möglich sind. Statt sich Besitz von der Originalkarte zu verschaffen, sind Missbrauchstäter deshalb zunehmend dazu übergegangen, Kopien der Originalkarte anzufertigen.²²² Mit diesen sogenannten „Dubletten“ lassen sich POS-Zahlungen unter Eingabe der korrekten PIN an automatisierten Kassen ebenso vornehmen wie mit der Originalkarte. Zur Erstellung von Dubletten bedienen sich die Missbrauchstäter vornehmlich einer unter der Bezeichnung „Skimming“ (Absahnen) bekanntgewordenen Technik, bei dem sie häufig ein Vorsatzgerät auf dem Karteneinzugsschlitz eines Geldautomaten montieren, mit dem die Kartendaten eingelesen werden. Auf Grundlage des eingelesenen Datensatzes wird anschließend eine Karten-Dublette angefertigt, mit der fortan Zahlungsvorgänge an POS-Kassen vorgenommen werden können.²²³ Das zur Echtheits-

²²⁰ Vgl. Berichterstattung Spiegel Online v. 06.02.2008, „Datenklau an präparierten Geldautomaten boomt“; F.A.Z. v. 11.01.2005, S.19, „Sicherheitslücken bei EC-Karten vermutet – Bundesamt: Banken lassen uns nicht prüfen / Musterklagen von Verbraucherschützern“.

²²¹ Vgl. Berichterstattung Spiegel Online v. 06.02.2008, „Datenklau an präparierten Geldautomaten boomt“; F.A.Z. v. 11.01.2005, S.19, „Sicherheitslücken bei EC-Karten vermutet – Bundesamt: Banken lassen uns nicht prüfen / Musterklagen von Verbraucherschützern“.

²²² Vgl. Berichterstattung Spiegel Online v. 06.02.2008, „Datenklau an präparierten Geldautomaten boomt“; F.A.Z. v. 07.02.2008, S.53, „LKA warnt vor Betrug an Geldautomaten“; Der Spiegel v. 23.06.2008, S.84, „Online-Shops für Betrüger“.

²²³ Vgl. Berichterstattung Spiegel Online v. 06.02.2008, „Datenklau an präparierten Geldautomaten boomt“; F.A.Z. v. 07.02.2008, S.53, „LKA warnt vor Betrug an Geldautomaten“; Der Spiegel v. 23.06.2008, S.84, „Online-Shops für Betrüger“; F.A.Z. v. 11.01.2005, S.19, „Sicherheitslücken bei EC-Karten vermutet – Bundesamt: Banken lassen uns nicht prüfen / Musterklagen von Verbraucherschützern“.

prüfung im Kartenkörper installierte MM-Merkmal²²⁴ wird nur an Geldautomaten, nicht aber an automatisierten Kassen geprüft, sodass es vor der Dublettenverwendung im *electronic-cash*-Verfahren keinen Schutz bietet.

Auch zur Kenntnisnahme von der PIN bedienen sich Missbrauchstäter zunehmend raffinierterer Techniken. Neben dem gewöhnlichen „analogen“ täterseitigen Ausspähen am Geldautomaten oder einer automatisierten Kasse haben sich in den letzten Jahren aufwendige technisierte Ausspähmethoden etabliert. Hierzu gehören etwa der Einsatz moderner Minikameras zur Aufzeichnung der PIN²²⁵ und die Verwendung von Kontrastmitteln auf dem Eingabefeld eines Geldautomaten, durch das sich nach Eingabe der PIN die Fingerabdrucke des Berechtigten sichtbar machen lassen.²²⁶ Bekannt wurden auch Fälle, in denen Missbrauchstäter an Banktüren Lesegeräte mit der Aufforderung angebracht hatten, die Geheimzahl einzugeben, um die Eingangstür zur Bank öffnen zu können.²²⁷ Eine abschließende Bestandsaufnahme der unterschiedlichen Missbrauchspraktiken ist aufgrund der hohen Dunkelziffer und der professionellen Tarnung organisierter Betrügerbanden nicht möglich.

b.) Grundsatz der Missbrauchshaftung

Die rechtsdogmatische Lösung der Zuordnung des Drittmissbrauchsrisikos im *electronic-cash*-Verfahren ist denkbar einfach: Üblicherweise weist der berechtigte Karteninhaber den Kartenemittenten durch Autorisierungsanfrage bei dessen Autorisierungssystem zur Zahlung an das Vertragsunternehmen an. Diese Zahlungsanweisung im Sinne von §§ 675, 665 BGB begründet einen Aufwendungsersatzanspruch des Emittenten gegen den Karteninhaber gemäß §§ 675, 670 BGB in Höhe des am Kassenterminal eingegebenen Zahlungsbetrags. Verwendet statt des berechtigten Karteninhabers ein unberechtigter Dritter die ec-Karte am POS-Terminal, fehlt in der Regel mit der Weisung des berechtigten Karteninhabers die für den Aufwendungsersatzanspruch des Kartenemittenten entscheidende Voraussetzung, denn der Kartenemittent hat gegenüber dem Karteninhaber nur Anspruch auf solche Aufwendungen, die er gemäß § 670 BGB für erforderlich halten durfte. Der standardisierte kartengestützte bargeldlose Zahlungsverkehr lässt dem Kartenemittenten für freie Entscheidungen hinsichtlich der Aufwendungen jedoch keinen Raum: Der Kartenemittent soll eine Schuld des Karteninhabers gegenüber dem Vertragsunternehmen immer, aber auch nur dann übernehmen, wenn der Karteninhaber ihn hierzu durch eine entsprechende Weisung veranlasst. Fehlt es an der Weisung, scheidet ein Anspruch des Kartenemittenten gegenüber dem Karteninhaber gemäß §§ 670, 675 BGB aus.

Gestützt wird diese dogmatische Lösung durch den rein deklaratorischen § 676h BGB,²²⁸ der in Umsetzung des Art.8 der Fernabsatzrichtlinie²²⁹ grundsätzlich dem Kartenemittenten das Haftungsrisiko für Drittmissbrauch einer Zahlungskarte zuordnet.²³⁰

²²⁴ Siehe oben in Kap.2 A. I. 3. a. 1.) a.) (3.).

²²⁵ Vgl. Berichterstattung F.A.S. v. 21.07.2002, S.33, „Störung statt Geld – BKA warnt vor manipulierten Kartenautomaten“; Spiegel Online v. 06.02.2008, „Datenklau an präparierten Geldautomaten boomt“; F.A.Z. v. 11.01.2005, S.19, „Sicherheitslücken bei ec-Karten vermutet – Bundesamt: Banken lassen uns nicht prüfen / Musterklagen von Verbraucherschützern“.

²²⁶ Hoppe, VuR 2005, 71, 76.

²²⁷ Vgl. Berichterstattung der F.A.Z. v. 12.06.2004, S.65, „Nicht nur Bahn ist bei Sicherheit der EC-Karten skeptisch – Im Zug kann man sie nicht mehr verwenden / Zahl der Betrugsfälle steigt drastisch / Verfahren mit Geheimzahl sicherer“.

²²⁸ Staudinger/Martinek, § 676h Rn.7.

²²⁹ Richtlinie 97/7/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Mai 1997 über den Verbraucherschutz bei Vertragsabschlüssen im Fernabsatz, vgl. oben in Kap.1 C.

²³⁰ Indem die Regelung des § 676h BGB ihre Anwendbarkeit nicht auf Geschäfte im Fernabsatz beschränkt, sondern eine allgemeine Missbrauchsregelung für Zahlungskartenmissbrauch trifft, geht sie dabei über den Regelungsgehalt des Art.8 Fernabsatzrichtlinie hinaus.

c.) Rechtsscheinhaftung

Wie im Überweisungsverkehr wird der Grundsatz der Missbrauchshaftung der Bank in einschlägigen Sachverhaltskonstellationen auch im *electronic-cash*-Verfahren durch die Grundsätze der Rechtsscheinhaftung zulasten des Bankkunden durchbrochen.²³¹ Der Aufwendungsersatzanspruch des Kartenemittenten entfällt nach den Grundsätzen der Rechtsscheinhaftung nicht, wenn der Karteninhaber zuvor in zurechenbarer Weise den Rechtsschein einer äußerlich ordnungsgemäßen Weisung gesetzt hat. Der Karteninhaber wird dann behandelt, als habe er die Weisung tatsächlich erteilt.²³² Im Gegensatz zum Kreditkartengeschäft ist im *electronic-cash*-Verfahren die Variante des Blankettmissbrauchs regelmäßig ausgeschlossen, denn der Karteninhaber hat bei der Zahlung den angewiesenen Betrag regelmäßig vor der Autorisierungsanfrage am Eingabefeld der automatisierten Kasse zu bestätigen.²³³ In Betracht kommen allerdings die Grundsätze der Anscheins- und Duldungsvollmacht.

Auf den ersten Blick steht das Überleben des Aufwendungsersatzanspruchs bei Anwendung der Grundsätze über die Rechtsscheinhaftung in einem Spannungsverhältnis zum Wortlaut des § 676h BGB, der ausdrücklich jeden Aufwendungsersatzanspruch bei missbräuchlicher Verwendung der Zahlungskarte ausschließt. Widersprüche die dogmatische Lösung der Rechtsscheinhaftung tatsächlich dem § 676h BGB, müsste sie wegen Spezialität der ausdrücklichen Vorschrift zurücktreten, sodass der Kartenemittent zur Schadloshaltung keinen Aufwendungsersatzanspruch gegen den Karteninhaber geltend machen könnte.

Entscheidend für die Konformität der Rechtsscheinhaftung mit § 676h BGB ist, ob in den Konstellationen der Rechtscheinhaftung eine drittseitige „missbräuchliche Verwendung“ der Karte im Sinne des § 676h BGB vorliegt. Denn nur dann findet die Vorschrift auch auf Fälle der Rechtsscheinhaftung Anwendung und kollidiert tatsächlich mit der dogmatischen Lösung des Fortbestehens des Aufwendungsersatzanspruchs.

Mit dem Missbrauchsbegriff ist der deutsche Gesetzgeber in Umsetzung der Fernabsatzrichtlinie²³⁴ von der Terminologie der zugrunde liegenden Bestimmung des Art.8 der Richtlinie abgewichen²³⁵ und hat dadurch eine gewisse Unsicherheit in der Literatur verursacht. Überwiegend wird Missbrauch verstanden als Nutzung der Karte ohne Wissen und Wollen des berechtigten Inhabers.²³⁶ Strittig bleibt bei diesem Verständnis, ob auch solche Hergänge als missbräuchlich zu qualifizieren sind, denen wegen Anwendung der Grundsätze zur Rechtsscheinhaftung eine zurechenbare Weisung des Karteninhabers zugrunde liegt.²³⁷ Im Lichte der Begründung der Bundesregierung zum Gesetzesentwurf des § 676h BGB,²³⁸ nach der eine wesentliche Veränderung der Gesetzeslage durch die neue gesetzliche Regelung nicht eintreten sollte, und der endgültigen Gesetzesbegrün-

²³¹ Siehe zur Rechtsscheinhaftung ausf. oben in Kap.2 A. 3. b.

²³² *Langenbucher*, Die Risikoverteilung im Zahlungsverkehr, S.24.

²³³ *Langenbucher*, Die Risikoverteilung im Zahlungsverkehr, S.293.

²³⁴ Richtlinie 97/7/EG vom 20.05.1997 über den Verbraucherschutz bei Vertragsabschlüssen im Fernabsatz (abgedruckt in NJW 1998, 212 ff.).

²³⁵ In Art.8 findet sich die Formulierung „betrügerische Verwendung“.

²³⁶ *Palandt/Sprau*, § 676h Rn.19; *Bamberger/Roth-Schmalenbach*, BGB-Kommentar, § 676h Rn.15; *MüKo-Casper*, § 676h Rn.11; ähnlich *Härting*, der einen Missbrauch dann annimmt, wenn eine Verwendung ohne Wissen und Zutun und ohne den Willen des Karteninhabers erfolgt (*Härting*, Fernabsatzgesetz, Einl. Rn.106).

²³⁷ Während *Casper* (MüKo § 676h Rn.11) Missbrauch bei Vorliegen einer zurechenbaren Weisung des Karteninhabers für ausgeschlossen hält und damit den Anwendungsbereich des § 676h versagt, geht *Schmalenbach* (Bamberger/Roth, BGB-Kommentar, § 676h Rn.15) davon aus, dass trotz rechtsdogmatisch zurechenbarer Weisung eine Missbrauchstat vorliegen und § 676h trotz Weisung Wirkung entfalten kann.

²³⁸ BT-Drucksache 14/2658, S.20 f.

dung,²³⁹ die explizit zum Ausdruck bringt, dass es beim Missbrauch gerade an einer wirksamen Weisung nach § 665 BGB fehle, erscheint es im Ergebnis überzeugender, dem Missbrauchsbegriff des § 676h BGB zwingend das Fehlen einer zurechenbaren Weisung des Karteninhabers abzuverlangen.²⁴⁰

Muss der Karteninhaber die Erklärung des unberechtigten Dritten nach den Grundsätzen der Rechtsscheinhaftung gegen sich gelten lassen, ist der Anwendungsbereich des § 676h BGB folglich wegen Vorliegens einer wirksamen Weisung des Karteninhabers nicht eröffnet und mangels Kollision mit dieser spezialgesetzlichen Bestimmung verbleibt dem Kartenemittenten gegen den berechtigten Karteninhaber der Aufwendungsersatzanspruch gemäß §§ 675, 670 BGB.

d.) Schadensersatzanspruch gem. §§ 280 I, 676f BGB

Durch § 676h BGB nicht ausgeschlossen sind Schadensersatzansprüche des Kartenemittenten gegen den Karteninhaber. Missbraucht ein unberechtigter Dritter die ec-Karte des berechtigten Karteninhabers, kommen insbesondere Verstöße gegen die Pflicht zur sorgfältigen Aufbewahrung der Karte, zur Geheimhaltung der PIN sowie zur unverzüglichen Verlustmitteilung an die Bank in Betracht, die einen Schadensersatzanspruch gemäß §§ 280 I, 676f BGB begründen können. Hierzu enthalten die dem Kartenvertrag zugrunde liegenden Kundenbedingungen konkrete Bestimmungen. Auf der anderen Seite kann der berechtigte Karteninhaber dem Kartenemittenten gegebenenfalls eigene Schadensersatzansprüche entgegenhalten.

Vollumfänglich von der Haftung freigestellt wird der Karteninhaber ab dem Zeitpunkt der Verlustmeldung gegenüber dem Kreditinstitut.²⁴¹

e.) Kundenbedingungen

Während sich die aufgezählten Sorgfaltspflichten zum Umgang mit der Debitkarte zwischen den Kundenbedingungen der Privatbanken²⁴² (kurz: ec-Bedingungen) und denjenigen der Spar- und Girokassen²⁴³ (kurz: SparCard-Bedingungen) inhaltlich kaum voneinander unterscheiden, lassen sich gewisse Strukturunterschiede hinsichtlich der Haftungsregelungen erkennen.

(1.) Sorgfaltspflichten

Zunächst hat der Karteninhaber die ec-Karte nach Erhalt unverzüglich auf ihrem Unterschriftsfeld zu unterschreiben.²⁴⁴ Während des gesamten vereinbarten Verwendungszeitraums hat er die Karte mit besonderer Sorgfalt aufzubewahren, um ihr Abhandenkommen und die missbräuchliche Verwendung zu verhindern;²⁴⁵ insbesondere die unbeaufsichtigte Aufbewahrung der Karte in einem Kfz ist zu unterlassen. Ferner hat der Karteninhaber dafür Sorge zu tragen, dass keine andere Person Kenntnis von der PIN erlangt.²⁴⁶ Sie darf weder auf der ec-Karte vermerkt noch gemeinsam mit ihr aufbewahrt werden. Ihren Verlust oder die missbräuchliche Verwendung der Karte hat der Karteninhaber unverzüglich der Bank oder dem zentralen Sperrannahmedienst unter Angabe der Konto-

²³⁹ BT-Drucksache 14/3195, S.34.

²⁴⁰ So im Ergebnis auch *Graf von Westphalen* (in: Erman, BGB-Kommentar, § 676h Rn.23).

²⁴¹ Abschnitt III 1.4 S.2 ec-Bedingungen/ Abschnitt III 1.4 S.1 SparCard-Bedingungen.

²⁴² Bedingungen für den ec-/Maestro-Service (vgl. aktuelle Fassung vom Juli 2002, zuletzt abgerufen am 18.03.2009 unter http://www.bankenverband.de/pic/artikelpic/102003/Maestro-Service_Muster.pdf).

²⁴³ Bedingungen für die Verwendung von SparkassenCards (vgl. aktuelle Fassung vom November 2006, zuletzt abgerufen am 18.03.2009 unter:

https://www.ksk-koeln.de/Bedingungen_fuer_die_Verwendung_von_SparkassenCards.pdf).

²⁴⁴ Abschnitt II Nr.6.2 ec-Bedingungen/ Abschnitt II Nr.6.1 SparCard-Bedingungen.

²⁴⁵ Abschnitt II Nr.6.2 ec-Bedingungen/ Abschnitt II Nr.6.2 SparCard-Bedingungen.

²⁴⁶ Abschnitt II Nr.6.3 ec-Bedingungen/ Abschnitt II Nr.6.3 SparCard-Bedingungen.

nummer und möglichst auch der Bankleitzahl mitzuteilen.²⁴⁷ Die missbräuchliche Verwendung der ec-Karte hat der Kartenberechtigte unverzüglich bei der Polizei anzuzeigen.²⁴⁸

(2.) Konkretisierung der Sorgfaltspflichten durch Literatur und Rechtsprechung

Gemäß den Kundenbedingungen der Kreditinstitute ist der Katalog der Sorgfaltspflichten des Karteninhabers abschließend.²⁴⁹ Die Aufgabe von Literatur und Rechtsprechung beschränkt sich deshalb auf die Konkretisierung der vertraglich ausdrücklich genannten Sorgfaltspflichten des Karteninhabers. Obwohl die Haftungsregelungen der ec-/maestro-Bedingungen aufgrund ihres limitierten Anwendungsbereichs ausdrücklich nur Schäden wegen missbräuchlicher Verwendung an Geldautomaten und automatisierten Kassen erfassen, können keine anderen Sorgfaltspflichten für die kartengestützte Durchführung von Überweisungstransaktionen an Selbstbedienungsterminals gelten.²⁵⁰ Von zentraler Bedeutung für die Vermeidung von Drittmissbrauch ist die Pflicht des Karteninhabers zur sicheren Aufbewahrung der Karte, denn ein unbefugter Dritter kann kartengestützte Zahlungsvorgänge an automatisierten Kassen in der Regel nur vornehmen, wenn er zum Tatzeitpunkt oder zumindest zuvor einmal in den Besitz der Karte gekommen ist. Grundsätzlich hat der Karteninhaber die Karte deshalb so zu verwahren, dass ihr Missbrauch nach Möglichkeit ausgeschlossen ist,²⁵¹ wobei das konkret erforderliche Maß an Sorgfalt situationsabhängig für den Einzelfall zu bestimmen ist.²⁵² Zu berücksichtigen ist dabei der Charakter der Debitkarte als Massenzahlungsmittel des Alltags, für den der spontane und rasche Einsatz der Karte erforderlich ist. Die Karte wird ihrem berechtigten Inhaber schließlich gerade zur Verbesserung des Zahlungskomforts zur Verfügung gestellt.²⁵³ Deshalb darf der Karteninhaber die Karte regelmäßig bei sich führen, um schnell auf sie zugreifen zu können, ohne dabei allzu große Vorsichtsmaßnahmen treffen zu müssen. Dabei muss er die Karte jedoch dergestalt verwahren, dass sie nach herkömmlichem Verlauf der Dinge nicht unbemerkt entwendet werden kann. Ihre typische Aufbewahrung der Zahlungskarte wird diesen Anforderungen gerecht.²⁵⁴ Verbleibt die Zahlungskarte hingegen an einem Ort außerhalb der unmittelbaren Einflussphäre des Karteninhabers, hat dieser auf ihre Unzugänglichkeit für fremde Personen zu achten. Handelt es sich etwa um öffentlich zugängliche oder ohne weiteres von Fremden betretbare Räume, ist sie grundsätzlich wegzuschließen. Besteht dagegen ein enges Vertrauensverhältnis zwischen dem Karteninhaber und denjenigen Personen, die Zugang zu dem Verwahrungsort der Zahlungskarte haben, würde das Wegschließen der Zahlungskarte über die im Rahmen des § 276 BGB erforderliche verkehrsübliche Sorgfalt hinausgehen.²⁵⁵

²⁴⁷ Abschnitt II Nr.6.4 ec-Bedingungen/ Abschnitt II Nr.6.4 SparCard-Bedingungen.

²⁴⁸ Abschnitt II Nr.6.4 a.E. ec-Bedingungen/ Abschnitt II Nr.6.4 a.E. SparCard-Bedingungen.

²⁴⁹ Gem. Abschnitt III Nr.1.4 ec-Bedingungen übernimmt die Bank alle Schäden, sofern der Karteninhaber die ihm nach den ec-Bedingungen obliegenden Pflichten erfüllt hat. Selbst wenn weitere Pflichten aus dem Kartenvertrag oder dem Giroverhältnis bestehen sollten, wären diese für die Haftung im Bank-Kunden-Verhältnis nicht relevant. Entsprechendes gilt für Abschnitt III Nr.1.4 SparCard-Bedingungen.

²⁵⁰ Siehe oben in Kap.2 A. I. 3. d. 2.); in den SparCard-Bedingungen gilt dies ohnehin unzweifelhaft wegen des ausdrücklichen Verweises in Abschnitt C. 2. auf die Regelungen für andere Zahlungsformen unter A., II. 6.2, 6.3 und 6.4 SparCard-Bedingungen.

²⁵¹ So für den Scheck RGZ 81, 254, 255 f.; 92, 50, 52; dies muss auch für die Debitkarte gelten (*Schinkels*, Haftungsrisiko, S. 67, 199).

²⁵² *Schinkels*, Haftungsrisiko, S.199.

²⁵³ *Taupitz*, Zivilrechtliche Haftung bei Kreditkartenmissbrauch, S.110.

²⁵⁴ *Taupitz*, Zivilrechtliche Haftung bei Kreditkartenmissbrauch, S.110.

²⁵⁵ *Schinkels*, Haftungsrisiko, S.199.

(3.) Haftungsregelungen der Bedingungen für den ec-/Maestro-Service

Gemäß Abschnitt III Nr.1.4 der ec-Bedingungen übernimmt die kartenemittierende Bank alle nach Verlustanzeige durch Verwendung der ec-Karte entstehenden Schäden. Hinsichtlich der vor Verlustanzeige entstandenen Schäden ist zu unterscheiden: Hat der Karteninhaber die ihm nach den ec-Bedingungen obliegenden Pflichten erfüllt, übernimmt die Bank sie vollumfänglich. Trug der Karteninhaber durch eigenes schuldhaftes Verhalten jedoch zur Entstehung des Schadens bei, bestimmt sich seine Haftung nach dem Grad seines Verschuldens. Ist ihm lediglich leicht fahrlässiges Verhalten vorzuwerfen, übernimmt die Bank zumindest 90 % des Gesamtschadens. Bei grober Fahrlässigkeit hat der Karteninhaber für den gesamten Schaden aufzukommen. Dabei nennt die Vorschrift exemplarisch drei Fälle grob fahrlässigen Verhaltens: Die schuldhafte Versäumnis der unverzüglichen Verlustmitteilung der Karte, den Vermerk der PIN auf der Karte oder die gemeinsame Verwahrung von PIN und Karte sowie die Mitteilung der PIN gegenüber einer weiteren Person, sofern dieser Verstoß gegen die Geheimhaltungspflicht ursächlich für den Schaden war. Verstößt der Karteninhaber einfach fahrlässig gegen eine der ihm gemäß den ec-Bedingungen zukommenden Pflichten, trägt er in entsprechender Anwendung der Grundsätze über das Mitverschulden unter Berücksichtigung der ausdrücklichen Schadensübernahmen von maximal 10 % bei leichter und 100 % bei grober Fahrlässigkeit regelmäßig ungefähr 50 % des Gesamtschadens.

Durch die ec-Bedingungen wird der Karteninhaber insofern gegenüber der allgemeinen gesetzlichen Schadensersatzhaftung privilegiert, denn diese nimmt eine Differenzierung zwischen unterschiedlichen Schuldgraden nicht vor und der Karteninhaber hätte den adäquat kausalen Schaden auch beim Vorwurf leichter oder einfacher Fahrlässigkeit vollständig zu tragen.

Maximal haftet der Karteninhaber gemäß Abschnitt III Nr.1.4 a.E. der ec-Bedingungen in Höhe des im Emissionsvertrag vereinbarten Verfügungsrahmens.

(4.) Haftungsregelungen der SparCard-Bedingungen

Auch nach Abschnitt III Nr.1.4 der SparCard-Bedingungen übernimmt der Kartenemittent alle nach Verlustanzeige durch missbräuchliche Verwendung der Karte entstandenen Schäden. Für vor der Verlustanzeige entstandene Schäden haftet der Karteninhaber nur dann, wenn ihm die *grob fahrlässige* Verletzung einer Sorgfaltspflicht vorzuwerfen ist. Hat der Kartenemittent zum Schaden beigetragen, sind die Grundsätze des Mitverschuldens anzuwenden. Die Haftungsprivilegierung des Karteninhabers geht in den SparCard-Bedingungen somit über diejenige der ec-Bedingungen hinaus, denn schließlich ist der Karteninhaber sogar bei einfach fahrlässigen Sorgfaltspflichtverstößen von der Haftung vollumfänglich befreit. Als Haftungsbegrenzung sehen die SparCard-Bedingungen pauschal den Betrag von 500 Euro vor.

2.) Wildes Lastschriftverfahren

Die wilden Lastschriftverfahren sind aufgrund mangelnder Notwendigkeit der Eingabe der korrekten PIN ungleich anfälliger für Drittmissbrauch als das *electronic-cash*-Verfahren. Zur Vortäuschung seiner Legitimation zur Kartenverwendung hat der Missbrauchstäter lediglich die auf der Karte abgebildete Unterschrift des Berechtigten auf dem Kassenausdruck zu fälschen. Eine Ausweiskontrolle wird beim Vertragsunternehmen üblicherweise nicht vorgenommen und die vom Kartenverwender gezeichnete Unterschrift wird in der Praxis häufig allenfalls oberflächlich mit dem Original auf der ec-Karte verglichen.

Die Haftung bei Drittmissbrauch im „wilden“ Lastschriftverfahren unterscheidet sich nicht wesentlich von derjenigen im herkömmlichen Lastschriftverfahren.²⁵⁶ Widerruft der Zahler die Zahlung, hat die Bank eine Wiedergutschrift in Höhe des bei der missbräuchlichen Zahlung umgesetzten Betrags auf seinem Konto zu veranlassen. Nach den allgemeinen Grundsätzen des Lastschriftverfahrens verlangt die Zahlstelle anschließend in aller Regel den Zahlungsbetrag von der Inkassostelle zurück. Diese wiederum macht die Gutschriftsbuchung zugunsten des Zahlungsempfängers rückgängig.²⁵⁷ Im Gegensatz zum *electronic-cash*-Verfahren besteht für den Kartenemittenten als Zahlstelle gegenüber dem Händler im „wilden Lastschriftverfahren“ keine Zahlungsverpflichtung. Hat die Zahlstelle den Lastschriftbetrag über die „rückläufige Lastschriftkette“ von der Inkassostelle erhalten, kann sie mangels Schaden gegenüber dem Zahler keine Schadensersatzansprüche geltend machen.

Der Händler wird seinerseits bestrebt sein, zwecks Aufklärung des Sachverhalts und Schadloshaltung an den berechtigten Karteninhaber heranzutreten. Bereits dessen Identifikation ist jedoch nicht ohne weiteres möglich. Mit der Unterschrift auf dem Ausdruck der automatisierten Kasse stimmt der Karteninhaber zwar der Weitergabe seines Namens und seiner Adresse durch den Kartenemittenten zu und befreit die Bank hierdurch partiell vom Bankgeheimnis.²⁵⁸ Zum einen ist das Kreditinstitut gegenüber dem Händler durch diese Einwilligung jedoch keinesfalls zur Weitergabe der Daten verpflichtet²⁵⁹ und zum anderen hat im Falle eines Missbrauchs in der Regel gerade nicht der berechnete Karteninhaber, sondern der Missbrauchstäter die Unterschrift abgegeben. Aufgrund des Bankgeheimnisses ist das Kreditinstitut zur Weitergabe der Daten des berechtigten Karteninhabers dann gar nicht befugt.²⁶⁰

Selbst wenn dem Händler die Identifizierung des berechtigten Karteninhabers gelingen sollte, kann er sich in der Regel nicht schadlos halten: Während für vertragliche Primär- und Sekundäransprüche mangels vertraglicher Grundlage kein Raum ist, verbleiben dem Händler allenfalls prozessual schwer durchsetzbare deliktische Schadensersatzansprüche.

2. Kreditkarte

a. Einführung

Bei der Kreditkarte handelt es sich um ein Zahlungsinstrument, gegen dessen Vorlage ihr Inhaber eine Gegenleistung ohne sofortige Bezahlung erhält.²⁶¹ Es ist zwischen zwei unterschiedlichen Erscheinungsformen der Kreditkarte zu unterscheiden: Der Universalkreditkarte und der Kundenkreditkarte. Kundenkreditkarten berechnen den Karteninhaber üblicherweise zur Inanspruchnahme gewisser Leistungen des Kartenemittenten selbst. Statt sofortiger Barzahlung erfolgt in periodischen Abständen eine Abrechnung der in Anspruch genommenen Leistungen anhand der vom Kunden unterzeichneten Belege.²⁶² Anders als bei Universalkreditkarten besteht zwischen Karteninhaber und Kartenemittent kein geschäftsbesorgungsrechtliches, sondern ein darlehensvertragliches Ab-

²⁵⁶ Hellner/Steuer-Werner, Bankrecht und Bankpraxis, Band 3, Rn.6/1659; siehe zur Missbrauchshaftung im herkömmlichen Lastschriftverfahren ausf. unten in Kap.2 III. 4. b.

²⁵⁷ Vgl. zum Ablauf des herkömmlichen Einzugsermächtigungsverfahrens ausf. unten in Kap.2 III. 2.

²⁵⁸ Schimansky/Bunte/Lwowski-Bruchner/Krepold, Bankrechts-Handbuch, Band I, § 39 Rn.42.

²⁵⁹ Harbeke, WM 1994, Sonderbeilage Nr.1, 3, 14; Langenbucher/Gößmann/Werner-Koch/Vogel, Zahlungsverkehr, § 5 Rn.62.

²⁶⁰ Schimansky/Bunte/Lwowski-Bruchner/Krepold, Bankrechts-Handbuch, Band I, § 39 Rn.42; inhaltlich richtet sich das Bankgeheimnis nach Nr.2 I AGB-Banken: „Die Bank ist zur Verschwiegenheit über alle kundenbezogenen Tatsachen und Wertungen verpflichtet, von denen sie Kenntnis erlangt (Bankgeheimnis)“.

²⁶¹ Derleder/Knops/Bamberger-Blaurock, Handbuch zum deutschen und europäischen Bankrecht, § 49 Rn.4.

²⁶² Derleder/Knops/Bamberger-Blaurock, Handbuch zum deutschen und europäischen Bankrecht, § 49 Rn.4.

rechnungsverhältnis.²⁶³ Während die Universalkreditkarte als weltweit anerkanntes Zahlungsmittel eingesetzt wird, kommt der Kundenkreditkarte deutlich weniger praktische Relevanz zu. Deshalb konzentrieren sich die nachfolgenden Ausführungen auf die Universalkreditkarte. Sofern in diesem Beitrag allgemein von Kreditkarte die Rede ist, bezeichnet dieser Begriff im Einklang mit dem allgemeinen Sprachgebrauch die Universalkreditkarte.

b. Funktionen und Rechtsnatur der Kreditkarte

Als Hauptfunktion der Universalkreditkarte ermöglicht die Bargeldersatzfunktion dem Karteninhaber die bargeldlose Bezahlung von Waren oder Dienstleistungen durch Verwendung der Kreditkarte an automatisierten Kassen. Zunehmende Bedeutung erfährt sie außerdem im Telefon- und Mailorderverfahren. Darüber hinaus erlaubt sie dem Karteninhaber im Rahmen des Bargeldservices²⁶⁴ die Auszahlung von Bargeld an Bankautomaten oder Kassen von Kreditinstituten im In- oder Ausland.²⁶⁵ Durch ihre Kreditfunktion unterscheidet sich die Kreditkarte von anderen Zahlungskarten. Dem Kreditkarteninhaber wird durch Verwendung der Karte üblicherweise bis zur monatlichen Abrechnung des Kartenemittenten ein Kredit gewährt. Das Vertragsunternehmen, das die Kreditkarte als Zahlungsmittel zulässt, tritt ohne sofortige Vergütung mit Erbringung der Handels- oder Dienstleistung in Vorleistung.

c. Rechtsbeziehungen im Universalkreditkartengeschäft

Das Universalkreditkartengeschäft zeichnet sich durch die Mehrgliedrigkeit seiner Rechtsbeziehungen aus. Regelmäßig nehmen mindestens drei Parteien an einem Kreditkartengeschäft teil: der Kartenemittent, der die Kreditkarte in den Verkehr bringt, der Karteninhaber, dem die Kreditkarte vom Kartenemittenten überlassen wird, und das Vertragsunternehmen, das mit dem Kartenemittenten in Geschäftsverbindung steht und die Verwendung der Kreditkarte als Zahlungsinstrument zulässt.

In der Praxis erfolgt die Emission der Kreditkarte an den Karteninhaber überwiegend durch Banken.²⁶⁶ Diese müssen für die Ausgabe bestimmter Kreditkartenmarken eine Lizenz vom entsprechenden Kreditkartenunternehmen (z.B. American Express, Mastercard, Visa) bekommen. Die einzelnen Kreditkartenunternehmen bemühen sich entweder selbst um die Akquirierung von Vertragsunternehmen oder setzen eigens hierfür zuständige *Acquiring*-Unternehmen ein.²⁶⁷ Das Vertragsunternehmen verpflichtet sich gegenüber dem Kreditkartenunternehmen im Rahmen eines Akquisitionsvertrags zur Zulassung der Verwendung der Kreditkarte im Geschäftsbetrieb des Vertragsunternehmens als Zahlungsmittel. Darüber hinaus hat das Vertragsunternehmen dem Kreditkartenunternehmen als Gegenleistung für die Teilnahme am Kreditkartenverfahren bei jeder kreditkartengestützten Zahlung ein im Akquisitionsvertrag prozentual näher beziffertes umsatzabhängiges Entgelt (*Disagio*) zu entrichten. Dieses beträgt in der Praxis zwischen drei und sechs Prozent.²⁶⁸

Bei Verwendung der Kreditkarte wird weder das Konto des Karteninhabers zeitlich unmittelbar belastet noch findet eine sofortige Gutschrift auf dem Konto des Vertragspartners statt. Stattdessen werden in der Regel monatliche Abrechnungen zwischen Vertragsunternehmen und Kreditkarten-

²⁶³ Staudinger/*Martinek*, § 676h Rn.2.

²⁶⁴ *Kümpel*, Bank- und Kapitalmarktrecht, Rn.4.1005; Derleder/Knops/Bamberger-*Blaurock*, Handbuch zum deutschen und europäischen Bankrecht, § 43 Rn.8.

²⁶⁵ Derleder/Knops/Bamberger-*Blaurock*, Handbuch zum deutschen und europäischen Bankrecht, § 49 Rn.8.

²⁶⁶ Derleder/Knops/Bamberger-*Blaurock*, Handbuch zum deutschen und europäischen Bankrecht, § 49 Rn.5.

²⁶⁷ Derleder/Knops/Bamberger-*Blaurock*, Handbuch zum deutschen und europäischen Bankrecht, § 49 Rn.5.

²⁶⁸ Schimansky/Bunte/Lwowski-*Martinek*, Bankrechts-Handbuch, § 67 Rn.58; ders. Staudinger/*Martinek*, § 676h Rn.53.

unternehmen vorgenommen,²⁶⁹ deren technische Abwicklung (Rechnungserstellung, Zahlungsabwicklung etc.) häufig von eigens hierfür eingesetzten *Processing*-Unternehmen durchgeführt wird.²⁷⁰

Durch die Zwischenschaltung der spezialisierten *Acquiring*- und *Processing*-Unternehmen hat sich das ursprüngliche 3-Parteien-Kreditgeschäft insofern mittlerweile zu einem 4- bis 5-Parteien-Rechtsverhältnis weiterentwickelt.²⁷¹ In den nachfolgenden Ausführungen wird dem Kreditkartengeschäft zugunsten der Übersichtlichkeit und in Ermangelung wesentlicher Abweichungen hinsichtlich der Missbrauchsproblematik weiterhin ein 3-Parteien-System zugrunde gelegt.

1.) Die Rechtsbeziehung zwischen Karteninhaber und Kartenemittent

Entscheidend für die Drittmisbrauchshaftung ist das zwischen Kartenemittent und Karteninhaber bestehende Rechtsverhältnis. Seine Grundlage ist ein Kartenemissionsvertrag, der keinem gesetzlichen Leitbild zuzuordnen,²⁷² sondern als Vertrag *sui generis* zu qualifizieren ist.²⁷³ Rahmenvertraglich ausgestaltet begründet er ein Dauerschuldverhältnis, dem – wie bei allen den Zahlungsverkehr prägenden Vertragstypen – ein interessenwahrendes Element und deshalb geschäftsbesorgungsvertraglicher Charakter gemäß § 675 BGB innewohnt.²⁷⁴ Die einzelnen Vertragsmodalitäten werden üblicherweise durch individuelle AGB des Kartenemittenten festgelegt. Trotz Uneinheitlichkeit der verwendeten AGB enthält ein überwiegender Teil der Emissionsverträge eine Reihe wesentypischer Rechte und Pflichten. Zunächst hat der Kartenemittent dem Karteninhaber eine zur Verwendung geeignete Kreditkarte auszuhändigen sowie rechtzeitig vor dem Verfallsdatum eine Anschlusskarte zur Verfügung zu stellen.²⁷⁵ Die zentrale Verpflichtung des Kartenemittenten liegt dann in der Tilgung der Forderungen des Kreditkarteninhabers gegenüber dem Vertragsunternehmen aus den zwischen ihnen abgewickelten kartengestützten Geschäften.²⁷⁶ Darüber hinaus trifft den Kartenemittenten eine Reihe weiterer Sorgfalts- und Nebenpflichten.²⁷⁷ Während der Erfüllungsübernahme als Hauptleistungspflicht werkvertraglicher Geschäftsbesorgungscharakter zukommt, hat insbesondere die Pflicht zur Aufrechterhaltung und Erweiterung des Kreditkartensystems dienstvertragliche Prägung.²⁷⁸

Kernverpflichtung des Karteninhabers gegenüber dem Kartenemittenten ist der Ersatz der Aufwendungen des Kartenemittenten gemäß §§ 675, 670 BGB in Höhe der Zahlungsbeträge, die der Emittent an das Vertragsunternehmen auf Grundlage einer ordnungsmäßigen Weisung seitens des Kar-

²⁶⁹ Einsele, Bank- und Kapitalmarktrecht, § 6 Rn.243.

²⁷⁰ Einsele, Bank- und Kapitalmarktrecht, § 6 Rn.235; zur technischen Abwicklung der Abrechnungen zwischen Kartenemittent und Karteninhaber (*Card Processing*) sowie Kartenemittent und Vertragsunternehmen (*Merchant Processing*) eingesetzte *Processing*-Unternehmen unterhalten keine eigenen vertraglichen Beziehungen zu Karteninhaber und Vertragsunternehmen, sondern sind Erfüllungsgehilfen des Kartenemittenten im Sinne des § 278 BGB (*Reinfeld*, WM 1994, 1505, 1508).

²⁷¹ Einsele, Bank- und Kapitalmarktrecht, § 6 Rn.235.

²⁷² BGHZ 137, 27, 30 = WM 1997, 2244.

²⁷³ Kümpel, Bank- und Kapitalmarktrecht, Rn.4.1018.

²⁷⁴ Schimansky/Bunte/Lwowski-Martinek/Oechsler in Bankrechts-Handbuch, Band I, § 67 Rn.7.

²⁷⁵ Langenbucher/Gößmann/Werner-Gößmann, Zahlungsverkehr, § 3 Rn.6.

²⁷⁶ Der Kartenemittent hat den Karteninhaber durch Erfüllungsübernahme gem. § 329 BGB von seinen Verbindlichkeiten gegenüber dem Vertragsunternehmen zu befreien (Derleder/Knops/Bamberger-Blaurock, Handbuch zum deutschen und europäischen Bankrecht, § 49 Rn.13).

²⁷⁷ Zu den für die Missbrauchshaftung relevanten Sorgfaltspflichten siehe unten in Kap.2 II. 2. d. 4.); vgl. ausf. zu emissionsvertraglichen Sorgfalts- und Nebenpflichten Langenbucher/Gößmann/Werner-Gößmann, Zahlungsverkehr, § 3 Rn.6.

²⁷⁸ Langenbucher/Gößmann/Werner-Gößmann, Zahlungsverkehr, § 3 Rn.11.

teninhabers entrichtet hat.²⁷⁹ Zur Erteilung einer Weisung muss der Karteninhaber den Willen zum Ausdruck bringen, dass der Kartenemittent gegenüber dem Vertragsunternehmen ein abstraktes Schuldversprechen gemäß § 780 BGB abgeben soll.²⁸⁰ Dabei ist irrelevant, auf welche Weise die Manifestation des Willens geschieht. In der Praxis haben sich jedoch verschiedene Verfahren durchgesetzt, die sich in zwei Gruppen unterteilen lassen: der Kreditkarteneinsatz unter Vorlage der Kreditkarte und der Einsatz ohne ihre Vorlage.²⁸¹

a.) Kreditkarteneinsatz unter Vorlage der Kreditkarte

Traditioneller Weise findet die Kreditkarte unter beiderseitiger körperlicher Anwesenheit, sowohl des Karteninhabers als auch einer Person aus dem Lager des Vertragsunternehmers, Anwendung. Der Karteninhaber erhält eine Ware oder Dienstleistung und überlässt dem Vertragsunternehmer im Gegenzug die Kreditkarte, sodass dieser die Daten der Kreditkarte aufnehmen und an den Kartenemittenten weiterleiten kann. Zur standardisierten Aufnahme der Daten und der Erstellung eines Belastungsbelegs haben sich zwei unterschiedliche Techniken durchgesetzt:

Zum einen können die Daten des Karteninhabers vom Vertragsunternehmen auf manuelle Weise auf einem Belastungsbeleg festgehalten werden, indem durch einen Prägeapparat (*Imprinter*) die Kreditkartendaten auf den Belastungsbeleg geprägt und die Informationen über das konkrete Rechtsgeschäft wie Ort, Datum, Zahlungsbetrag und Name, Anschrift und Vertragsnummer des Händlers auf dem Belastungsbeleg vermerkt werden. Der Beleg wird anschließend vom Kunden unterschrieben²⁸² und verbleibt mit der Originalunterschrift des Karteninhabers beim Vertragsunternehmen. Der Karteninhaber erhält seinerseits eine Kopie des unterschriebenen Belegs.

Diese manuelle Methode wurde allerdings weitgehend durch die Kreditkartenzahlung an POS-Terminals automatisierter Kassen verdrängt. An diesen Terminals werden die auf dem Magnetstreifen gespeicherten Kartendaten auf elektronischem Wege eingelesen und anschließend auf einem Beleg ausgedruckt, den der Karteninhaber zu unterschreiben hat.

Bei beiden unterschiedlichen Verfahren unter Vorlage der Kreditkarte manifestiert der Karteninhaber seinen Willen zur Erfüllungsübernahme der Schuld durch den Kartenemittenten nach § 329 BGB zunächst durch die Überlassung der Kreditkarte an den Vertragsunternehmer, dann durch die Duldung der Aufnahme der Daten mit dem Wissen, dass das Vertragsunternehmen die Kreditkartendaten an den Kartenemittenten weiterleiten wird, und schließlich erneut mit dem Unterschreiben auf dem Belastungsbeleg, der im Besitz des Vertragsunternehmers verbleibt.

b.) Kreditkarteneinsatz ohne Vorlage der Karte

Der Karteninhaber kann ein Kreditkartengeschäft auch ohne Vorlage der Karte beim Vertragsunternehmen vornehmen. Bei diesem Verfahren verzichtet der Vertragshändler auf die Aushändigung der Kreditkarte und erstellt den Belastungsbeleg allein auf Grundlage der Angaben des Karteninha-

²⁷⁹ Zwar zahlt der Kartenemittent in der Praxis entsprechend einer emissionsvertraglichen Klausel an das Vertragsunternehmen nur den Forderungsbetrag abzüglich des *Disagios*, während der Aufwendungsanspruch des Kartenemittenten gegen den Karteninhaber die volle Höhe des ursprünglichen Anspruchs ohne Abzug des *Disagios* beträgt. Der Abzug des *Disagios* lässt sich jedoch als Aufrechnungsposten verstehen, der lediglich das Rechtsverhältnis zwischen Kartenemittenten und Vertragsunternehmen betrifft und im Aufwendungsersatzanspruch des Kartenemittenten gegen den Karteninhaber außer Betracht bleiben muss (*Hammann*, Die Universalkreditkarte, S.35; *MK-HGB/Hadding*, Anhang 1, Recht des Zahlungsverkehrs, Rn.G 33; vgl. auch *Langenbucher/Gößmann/Werner-Gößmann*, Zahlungsverkehr, § 3 Rn.9).

²⁸⁰ Vgl. unten in Kap.2 A. II. 2. c. 2.).

²⁸¹ *Kienholz*, Die Zahlung mit Kreditkarte, S.15 ff.

²⁸² *Kienholz*, Die Zahlung mit Kreditkarte, S.15.

bers.²⁸³ Weder unterschreibt der Karteninhaber auf dem Belastungsbeleg noch erhält er eine Kopie desselben. Unabhängig von der Art des Kommunikationskanals (z.B. Internet, Email, Post, Telefon oder Telefax) liegt eine Willensbekundung des Karteninhabers zur Schuldübernahme durch den Kartenemittenten regelmäßig in der Übermittlung der Kartendaten.

2.) Die Rechtsbeziehung zwischen Kartenemittent und Vertragsunternehmen

Grundlage des Vollzugsverhältnisses zwischen Kartenemittent und Vertragsunternehmen ist der Akquisitionsvertrag. Er ist ein Rahmenvertrag mit Dauerschuldcharakter²⁸⁴ und verpflichtet das Vertragsunternehmen, die Kreditkarte als Zahlungsmittel zu akzeptieren und bei Vorlage durch den berechtigten Inhaber ordnungsgemäß einzusetzen sowie diesen wie einen Bargeldzahler zu behandeln.²⁸⁵

Auf der anderen Seite wird der Kartenemittent bei Vorlage ordnungsgemäßer Belastungsbelege zur Begleichung der Schulden des jeweiligen Karteninhabers gegenüber dem Vertragsunternehmen verpflichtet. Üblicherweise wird dieser Anspruch auf dem Wege der Aufrechnung um das *Disagio* verkürzt.²⁸⁶ Die in der Literatur äußerst umstrittene Rechtsnatur dieses Anspruchs²⁸⁷ wird vom BGH mittlerweile als abstraktes Schuldversprechen im Sinne des § 780 BGB qualifiziert.²⁸⁸

Als echter Vertrag zugunsten Dritter i.S.d. § 328 BGB entfaltet der Akquisitionsvertrag außerdem zugunsten des Karteninhabers eine Reihe von Rechten und Pflichten.²⁸⁹

²⁸³ Kienholz, Die Zahlung mit Kreditkarte, S.16.

²⁸⁴ Schimansky/Bunte/Lwowski-Martinek, Bankrechts-Handbuch, § 67 Rn.58.

²⁸⁵ Langenbucher/Werner/Gößmann-Gößmann, Zahlungsverkehr, § 3 Rn.61; Schimansky/Bunte/Lwowski-Martinek, Bankrechts-Handbuch, § 67 Rn.58.

²⁸⁶ Schimansky/Bunte/Lwowski-Martinek, Bankrechts-Handbuch, § 67 Rn.58.

²⁸⁷ In der Vergangenheit wurde z.T. vertreten, der Kartenemittent verpflichte sich gegenüber dem Vertragsunternehmen zum Schuldbeitritt oder zur Schuldübernahme; dieser Auffassung wird heute nicht mehr gefolgt (Staudinger/Martinek, § 676h, Rn.55). Vielmehr sind die Forderungskauf-Theorie (so ehemals BGH in NJW 1990, 2880; Eckert, WM 1987, 161, 162 ff.; Meder, NJW 2002, 2215, 2216; Gößmann, Zahlungsverkehr, Langenbucher/Werner/Gößmann, § 3 Rn.66 ff., insb. 73) und die Theorie des abstrakten Schuldversprechens in den Vordergrund der Diskussion getreten (m.w.N. Staudinger/Martinek, § 676h, Rn.55). Relevanz entfaltet der Theorienstreit insbesondere beim Drittmissbrauch der Kreditkarte: Nach der Forderungskauf-Theorie erwirbt der Kartenemittent am Ende des periodischen Abrechnungszeitraums von dem Vertragsunternehmen gemäß §§ 433, 453 BGB die Forderung gegen den Karteninhaber und das Vertragsunternehmen erhält als Gegenleistung den Forderungsbetrag unter Abzug des aufgerechneten *Disagios*. Im Falle des Drittmissbrauchs entsteht hingegen gar keine abtretbare Forderung des Vertragsunternehmens gegen den Karteninhaber, sodass der Kartenemittent wegen §§ 433 I 2, 311a BGB die Zahlung an das Vertragsunternehmen verweigern bzw. Schadensersatz verlangen könnte (Staudinger/Martinek, § 676h Rn.56). Allerdings kann sich der Vertragsunternehmer exkulpieren, indem er Beweis darüber führt, das Nichtbestehen der Forderung weder gekannt zu haben noch hätte kennen können. Nach a.A. ist die Veritätshaftung durch die Vertragsparteien vertraglich abbedungen, sodass sich diese Konstellation derart vom gesetzlichen Leitbild des Forderungskaufs entferne, dass sie mit ihr nicht mehr vergleichbar und daher vielmehr als abstraktes Schuldversprechen (Staudinger/Martinek, § 676h Rn.61; ders. FS-Hadding, S.967 ff., 990) oder Garantieerklärung zu verstehen sei (m.w.N. Gößmann, Zahlungsverkehr, Langenbucher/Werner/Gößmann, § 3 Rn.68).

²⁸⁸ Vgl. Grundsatzentscheidung vom 16.04.2002, abgedr. in NJW 2002, 2234 = WM 2002, 1120 = JZ 2002, 1167; anschl. auch BGH NJW 2002, 3698; nur diese Lösung werde der Bargeldersatzfunktion der Kreditkarte gerecht, da das Vertragsunternehmen durch sofortige Leistung gegenüber dem Kunden in Vorleistung trete und dadurch das ihm bei Bargeldzahlung zustehende Zurückbehaltungsrecht aus § 320 BGB allein aufgrund der Erwartung der Vergütung durch das Karteninstitut aufgebe. Diese Bereitschaft zum Verzicht gebiete eine der Barzahlung entsprechende Absicherung des Vertragsunternehmens zur Durchsetzung und Erfüllung der ihm zustehenden Forderung, die ihm durch ein abstraktes Schuldversprechen des Kartenunternehmens eingeräumt werden kann (Staudinger/Martinek, § 676h, Rn.61; ders. in: Schimansky/Bunte/Lwowski, Bankrechts-Handbuch, § 67 Rn.66).

²⁸⁹ Hammann, Die Universalkreditkarte, S.32; Hadding, FS-Pleyer, S.17, 24; Staudinger/Martinek, § 676h Rn.53, 68; ders. in: Schimansky/Bunte/Lwowski, Bankrechts-Handbuch, Band I, § 67 Rn.58; Eckert, WM 1987, S.161, 164; Zahrnt, NJW 1972, 1080; Langenbucher/Werner/Gößmann-Gößmann, Zahlungsverkehr, § 3 Rn.61.

3.) Die Rechtsbeziehung zwischen Karteninhaber und Vertragsunternehmen

Das Rechtsverhältnis zwischen Karteninhaber und Vertragsunternehmen wird vornehmlich durch die den Karteninhaber gemäß § 328 BGB begünstigende Drittwirkung des Akquisitionsvertrags bestimmt. Durch sie gelten die Pflicht des Vertragsunternehmens zur Kartenakzeptanz²⁹⁰ und Gleichbehandlung des Karteninhabers mit Bargeldzahlern auch gegenüber dem Karteninhaber. Die Akzeptanzpflicht ergibt sich zudem aus dem regelmäßig im Eingangsbereich des Vertragsunternehmens angebrachten Logos des Kreditkartenunternehmens. Verweigert das Vertragsunternehmen nach Vertragsschluss die Verwendung der Kreditkarte, kann der Karteninhaber deshalb unabhängig vom Bestehen des Akquisitionsvertrags gegebenenfalls vertragliche Schadensersatzansprüche gegenüber dem Karteninhaber geltend machen.²⁹¹ Anders als bei der Bargeldzahlung führt die Verwendung der Kreditkarte allerdings nicht zum Erlöschen der Schuld des Karteninhabers nach § 362 BGB, denn der Karteninhaber ist dem Vertragsunternehmen zur Erbringung einer Geldschuld verpflichtet, die nicht mit der Unterschrift auf dem Belastungsbeleg abgegolten sein kann. Ferner möchte das Vertragsunternehmen durch Akzeptanz der Kartenverwendung nicht den Anspruch gegen den Karteninhaber verlieren, sodass ebenso wenig eine Annahme an Erfüllung statt nach § 364 I BGB in Betracht kommt. Stattdessen ist die Kreditkartenzahlung zu qualifizieren als Leistung erfüllungshalber.²⁹²

d. Haftung für Drittmissbrauch im Bank-Kunden-Verhältnis

1.) Missbrauchsgefahren bei Kreditkartenzahlungen

Mangels des Erfordernisses der Eingabe einer PIN ist das Kreditkartengeschäft dem Drittmissbrauch deutlich zugänglicher als die Kartenzahlung im *electronic-cash*-Verfahren. Zur Verwendung an einer automatisierten Kasse hat der Missbrauchstäter den Kassenausdruck lediglich mit der umseitig bereits vermerkten und dem Täter als Fälschungsvorlage dienlichen Unterschrift des berechtigten Karteninhabers zu versehen. Die Missbrauchsgefahren und gängigen Missbrauchspraktiken unterscheiden sich insofern nicht von denjenigen im „wilden Lastschriftverfahren“ unter Einsatz einer ec-Karte.²⁹³ Nicht anders verhält es sich im traditionellen Verfahren unter Verwendung eines *Imprinter*.

Noch einfacher gelingt der Missbrauch im Telefon- oder Mailorder-Verfahren. Ohne weitere Angaben genügt dort bereits die Nennung der auf der Kreditkarte abgedruckten Daten, ohne dass der Verwender sich durch zusätzliche Sicherheitsmerkmale als Berechtigter zu identifizieren hat. Erleichtert wird die Kenntnisnahme des Missbrauchstäters von den zahlungsrelevanten Daten durch den zunehmenden Internethandel mit entsprechenden Datensätzen.²⁹⁴

²⁹⁰ Langenbucher/Werner/Gößmann-Gößmann, *Zahlungsverkehr*, § 3 Rn.87.

²⁹¹ Langenbucher/Werner/Gößmann-Gößmann, *Zahlungsverkehr*, § 3 Rn.88

²⁹² § 364 II BGB kann allerdings lediglich analog Anwendung finden, da nicht der Karteninhaber selbst als Schuldner im Sinne der Vorschrift eine neue Verbindlichkeit eingeht, sondern das Kreditkartenunternehmen sich gegenüber dem Vertragsunternehmen zur Tilgung der Schuld verpflichtet. Durch § 362 II BGB verliert das Vertragsunternehmen nicht seine Forderung gegenüber dem Karteninhaber und kann sich zur Schadloshaltung nach erfolglosem Versuch der Befriedigung beim Kartenunternehmen subsidiär an den Karteninhaber wenden. Bis zur Zahlung des Kartenunternehmens gilt die Schuld des Karteninhabers als gestundet und das Vertragsunternehmen hat Befriedigung der Schuld zunächst beim Kartenunternehmen zu suchen. Erst durch Zahlung des Kartenunternehmens erlischt schließlich die Schuld des Karteninhabers (Langenbucher/Werner/Gößmann-Gößmann, *Zahlungsverkehr*, § 3 Rn.91 f.).

²⁹³ Siehe oben in Kap.2 A. II. 1. d. 2.).

²⁹⁴ Siehe unten im Abschnitt über die Missbrauchsgefahren im Lastschriftverfahren in Kap.2 A. III. 4. a.

2.) Grundsatz der Missbrauchshaftung

Beim Kreditkartengeschäft gilt bei Missbrauch derselbe Haftungsgrundsatz wie im ec-kartengestützten *electronic-cash*-Verfahren: Wird eine Kreditkarte von einem Dritten missbräuchlich verwendet, so entsteht mangels zurechenbarer Weisung des Karteninhabers zugunsten des Kartenemittenten kein Aufwendungsanspruch gemäß §§ 670, 675 BGB.²⁹⁵ Entsprechend der deklaratorischen Vorschrift des § 676h BGB trägt folglich grundsätzlich der Kartenemittent das Haftungsrisiko für Drittmissbrauch. Allerdings kann dieser Grundsatz durch eine Rechtsscheinhaftung des Karteninhabers und die verschuldensabhängige allgemeine vertragliche Schadensersatzhaftung des Karteninhabers durchbrochen werden.

3.) Rechtsscheinhaftung

In der Praxis nehmen Vertragsunternehmen in einigen Dienstleistungssektoren häufig mit Wissen des Karteninhabers zunächst ohne Bezifferung des genauen Zahlungsbetrags einen Kartenabdruck von der Karte (Blankobeleg). Vornehmlich geschieht dies im Hotel- und Autovermietungssektor, wenn der genaue Zahlungsbetrag beim ersten Geschäftskontakt zwischen Karteninhaber und Vertragsunternehmen noch nicht feststeht.²⁹⁶ Unterschreibt der Karteninhaber diesen Blankobeleg und gibt ihn aus der Hand, gelten die Grundsätze über den Blankettmissbrauch.²⁹⁷

Wie im *electronic-cash*-Verfahren muss der Karteninhaber zudem in entsprechenden Sachverhaltskonstellationen die Grundsätze über die Anscheins- und Duldungsvollmacht gegen sich gelten lassen.²⁹⁸

4.) Wechselseitige Schadensersatzansprüche

Nicht selten geht der Kreditkartenmissbrauch mit der Sorgfaltspflichtverletzung eines Beteiligten einher. Sowohl Bank als auch Kunde können Schadensersatz verlangen, wenn die andere Partei eine vertragliche Sorgfaltspflicht schadenskausal und schuldhaft verletzt hat. Üblicherweise ist eine Reihe missbrauchsrelevanter Sorgfaltspflichten im Emissionsvertrag genannt. Im Gegensatz zum *electronic-cash*-Verfahren existieren für Kreditkartenemissionsverträge keine einheitlichen von den Spitzenverbänden der deutschen Kreditwirtschaft als Muster bereitgestellten AGB, sodass in der Bankenpraxis zahlreiche unterschiedliche Emissionsvertragsmuster verwendet werden.²⁹⁹ In aller Regel korrelieren die Sorgfaltspflichten des Karteninhabers jedoch mit denjenigen der ec-/maestro- bzw. SparCard-Bedingungen.³⁰⁰

Nach Verlustanzeige des Karteninhabers gegenüber dem Kartenemittenten scheidet grundsätzlich die vertragliche Haftung des Karteninhabers vollständig aus.³⁰¹

Auch den Kartenemittenten treffen gewisse Sorgfaltspflichten zur Eindämmung des Missbrauchsrisikos.³⁰² Neben dem Aufbau und der Aufrechterhaltung eines Netzes von Vertragsunternehmen hat er im Rahmen einer „Systempflege“³⁰³ die Vertragsunternehmen sorgfältig auszuwählen und Miss-

²⁹⁵ Derleder/Knops/Bamberger-*Blaurock*, Handbuch zum deutschen und europäischen Bankrecht, § 49 Rn.26.

²⁹⁶ Langenbucher/Gößmann/Werner-Gößmann, Zahlungsverkehr, § 3 Rn.41.

²⁹⁷ Siehe hierzu ausführlich oben in Kap.2 A. I. 3. b. 2.)

²⁹⁸ Siehe hierzu ausführlich oben in Kap.2. A. I. 3. b. 1.); zur Vereinbarkeit der Rechtsscheinhaftung mit § 676h BGB siehe oben in Kap.2 A. II. 1. d. 1.) c.).

²⁹⁹ Derleder/Knops/Bamberger-*Blaurock*, Handbuch zum deutschen und europäischen Bankrecht, § 49 Rn.11.

³⁰⁰ M.w.N. Derleder/Knops/Bamberger-*Blaurock*, Handbuch zum deutschen und europäischen Bankrecht, § 49 Rn.26; vgl. zu den Sorgfaltspflichten der ec-/maestro- bzw. SparCard-Bedingungen oben in Kap.2 A. II. 1. d. 1.) e.).

³⁰¹ BGH WM 1991, 1110, 1113; vgl. auch Schimansky/Bunte/Lwowski-Martinek/Oechsler, Bankrechts-Handbuch, Band I, § 67 Rn.43.

³⁰² Eckert, WM 1987, 161, 166.

³⁰³ Staudinger/Martinek, § 676h Rn.18.

bräuchen und Betrugereien entgegenzuwirken.³⁰⁴ Vertragsunternehmen, die das Kreditkartensystem zu betrügerischen Zwecken missbrauchen, hat der Kartenemittent vom System auszuschließen.³⁰⁵ Ferner hat er abhanden gekommene Karten zu sperren³⁰⁶ und grundsätzlich die Ordnungsmäßigkeit jeder Zahlungstransaktion zu überwachen.³⁰⁷ In diesem Rahmen muss er vor allem die Echtheit der Kundenunterschrift prüfen.³⁰⁸ In der Praxis überträgt er diese Pflicht an die Vertragsunternehmen, die mit dem Zahlungsvorgang unmittelbar in Berührung kommen. In Ausübung ihrer Authentifizierungsverpflichtung handeln die Vertragsunternehmen insofern als Erfüllungsgehilfen des Kartenemittenten. Verletzt das Vertragsunternehmen schuldhaft die Prüfpflicht, hat der Kartenemittent hierfür gegenüber dem Karteninhaber gemäß § 278 BGB einzustehen.³⁰⁹

Bei beiderseitigem Verschulden von Karteninhaber und Kartenemittent sind nach allgemeinem Schadensersatzrecht die Grundsätze des Mitverschuldens nach § 254 BGB anwendbar. Einzubeziehen ist auch dabei das dem Kartenemittenten über § 278 BGB zurechenbare Verschulden des Vertragsunternehmens.³¹⁰

5.) Schlussbetrachtungen zur Drittmisbrauchshaftung beim Kreditkartengeschäft

Die Haftungsrisikoverteilung bei drittmisbräuchlicher Kreditkartenzahlung entspricht dogmatisch derjenigen der ec-Kartenzahlung im *electronic-cash*-Verfahren. Ein wesentlicher Unterschied ist jedoch, dass dem Karteninhaber nicht eine einheitliche den ec-/maestro-Karten- bzw. SparCard-Bedingungen entsprechende Haftungsprivilegierung zugutekommt, welche die (volle) Haftung des Karteninhabers auf grobe Fahrlässigkeit beschränkt.³¹¹

III. Das Lastschriftverfahren

1. Einführung

Trotz seiner großen praktischen Bedeutung im bargeldlosen Zahlungsverkehr³¹² ist das Lastschriftverfahren nicht spezialgesetzlich geregelt, sodass sich seine rechtliche Bewertung nach allgemeinen vertragsrechtlichen Grundsätzen richtet. Eine anschauliche Beschreibung des praktischen Ablaufs des Lastschriftverfahrens findet sich in Abschnitt I Nr.1 des Lastschriftabkommens (LSA),³¹³ das in seiner Erstfassung im Jahr 1964 zwischen den Spitzenverbänden der deutschen Kreditwirtschaft vereinbart, anschließend 1982 neugefasst, 1993 sowie 1995 abermals überarbeitet wurde und nun in

³⁰⁴ Langenbucher/Gößmann/Werner-Gößmann, Zahlungsverkehr, § 3 Rn.6.

³⁰⁵ Langenbucher/Gößmann/Werner-Gößmann, Zahlungsverkehr, § 3 Rn.6.

³⁰⁶ Eckert, WM 1987, 161, 166.

³⁰⁷ Schinkels, Haftungsrisiko, S.207.

³⁰⁸ Eckert, WM 1987, 161, 166.

³⁰⁹ Schinkels, Haftungsrisiko, S.207; Eckert, WM 1987, 161, 166; Zahrnt, NJW 1972, 1077, 1079; Taupitz, Zivilrechtliche Haftung bei Kreditkartenmissbrauch, S.129.

³¹⁰ Taupitz, Zivilrechtliche Haftung bei Kreditkartenmissbrauch, S.129.

³¹¹ Zu den haftungsrechtlichen Unterschieden zwischen den ec-/maestro- und den SparCard-Bedingungen vgl. oben in Kap.2 A. II. 1. d. 1.) e.) (3.), (4.).

³¹² 7,363 Milliarden Lastschrift-Zahlungsvorgänge im Jahr 2006 mit einem Gesamttransaktionswert von 3,665 Billionen Euro (vgl. http://www.bundesbank.de/download/zahlungsverkehr/zv_statistik.pdf, zuletzt abgerufen am 18.03.2009).

³¹³ Vgl. Abschnitt I Nr.1 LSA: „Im Rahmen des Lastschriftverfahrens wird zugunsten des Zahlungsempfängers über sein Kreditinstitut (erste Inkassostelle) von dem Konto des Zahlungspflichtigen bei demselben oder einem anderen Kreditinstitut (Zahlstelle) der sich aus der Lastschrift ergebende Betrag eingezogen, und zwar aufgrund (a.) einer dem Zahlungsempfänger von dem Zahlungspflichtigen erteilten schriftlichen Ermächtigung (Einzugsermächtigung) oder (b.) eines der Zahlstelle von dem Zahlungspflichtigen zugunsten des Zahlungsempfängers erteilten schriftlichen Auftrags (Abbuchungsauftrag)“, vgl. <http://www.bankenverband.de/pic/artikelpic/102003/Lastschriftabkommen.pdf> (Stand: 2002, zuletzt abgerufen am 18.03.2009).

seiner Fassung aus dem Jahre 2002 fortbesteht.³¹⁴ Es bildet die Grundlage für das Lastschriftverfahren, obgleich es rechtliche Bindungswirkung ausschließlich zwischen den beteiligten Kreditinstituten entfaltet.³¹⁵

Durch Vornahme einer Zahlungstransaktion im Lastschriftverfahren streben die beteiligten Parteien³¹⁶ wie bei der Überweisung die Belastungsbuchung auf einem Schuldnerkonto und die Gutschrift auf einem Gläubigerkonto in Höhe eines bestimmten Betrags an. Aufgrund dieser Ähnlichkeit wird das Lastschriftverfahren zum Teil unter der Bezeichnung „rückläufige Überweisung“ als Sonderform der Überweisung qualifiziert.³¹⁷ Der wesentliche Unterschied zur Überweisung liegt darin, dass nicht der Zahlungspflichtige, sondern der Zahlungsempfänger die Zahlungstransaktion anstößt.³¹⁸ Wegen der offensichtlichen Gefahr der empfängerseitig unberechtigten und missbräuchlichen Auslösung von Zahlungstransaktionen kann sich nicht jeder Gläubiger des Lastschriftverfahrens bedienen. Zugelassen zum Lastschriftverfahren sind stattdessen nur solche Personen, die mit ihrer Bank (Inkassostelle) eine sogenannte Inkassovereinbarung abgeschlossen haben.³¹⁹ Erst nach Unterzeichnung dieser Vereinbarung nimmt die Inkassostelle Lastschriften des Zahlungsempfängers an.

Es lassen sich zwei Erscheinungsformen des Lastschriftverfahrens unterscheiden:

2. Das Einzugsermächtigungsverfahren

Im Einzugsermächtigungsverfahren (kurz: EEV) erteilt der Zahler dem Zahlungsempfänger einmalig eine Einzugsermächtigung,³²⁰ durch die ihm der Einzug von Lastschriften gestattet wird.³²¹ Häufig übermittelt der Empfänger dem Zahler zunächst ein vorformuliertes Ermächtigungsformular zur Unterschrift, das dieser ihm unterzeichnet zurücksendet. Der Zahler kann den Zahlungsempfänger auch durch Verwendung der ec-Karte am *Point-of-Sale* zum Einzug des umgesetzten Betrags ermächtigen.³²²

In jedem Fall verbleibt die vom Zahler unterzeichnete Einzugsermächtigung beim Zahlungsempfänger und wird weder an die Inkasso- noch an die Zahlstelle weitergereicht. Der Zahlungsempfänger stößt die Zahlungstransaktion anschließend durch Einreichung einer Lastschrift bei der Inkassostelle an. Dies kann entweder beleghaft entsprechend den Vorgaben der „Richtlinien für einheitliche Zahlungsverkehrsvordrucke“ und den „Codierungsrichtlinien“ oder beleglos durch Datenträger mit richtlinienkonformen Datensätzen geschehen.³²³ Im beleghaften Verfahren ist die Lastschrift vom Zahlungsempfänger mit dem Vermerk „Einzugsermächtigung des Zahlungspflichtigen liegt dem Zahlungsempfänger vor“ zu versehen, um von der Inkassostelle an die Zahlstelle weitergeleitet zu werden.³²⁴

³¹⁴ Schimansky/Bunte/Lwowski-van Gelder, Bankrechts-Handbuch, § 56 Rn.13.

³¹⁵ Jacob, Die zivilrechtliche Beurteilung des Lastschriftverfahrens, S.14.

³¹⁶ Die am Lastschriftverfahren beteiligten Parteien werden entsprechend der Bezeichnungen aus dem LSA im Folgenden Zahlungspflichtiger bzw. Zahler, Zahlungsempfänger, erste Inkassostelle (Gläubigerbank) und Zahlstelle (Schuldnerbank) genannt.

³¹⁷ Weber, Recht des Zahlungsverkehrs, S.159.

³¹⁸ Langenbucher, Die Risikoordnung im bargeldlosen Zahlungsverkehr, S.183.

³¹⁹ Zur Inkassovereinbarung ausf. Schimansky/Bunte/Lwowski-van Gelder, Bankrechts-Handbuch, § 58 Rn.8 ff.

³²⁰ Der Wortlaut der vom Zahlungsempfänger zu verwendenden Einzugsermächtigung ist in Nr.2 Inkassovereinbarungen (abgedr. in Reiser, BuB 6, Rn.379, 380) ausdrücklich aufgeführt: „Hiermit ermächtige ich Sie widerruflich, die von mir zu entrichtenden Zahlungen wegen ... (Verpflichtungsgrund) ... bei Fälligkeit zu Lasten meines Girokontos Nr. ... bei ... (genaue Bezeichnung des kontoführenden Kreditinstituts) ... durch Lastschrift einzuziehen“.

³²¹ Langenbucher, Die Risikoordnung im bargeldlosen Zahlungsverkehr, S.184.

³²² Siehe hierzu oben in Kap.2 A. II. 1. c.

³²³ Schimansky/Bunte/Lwowski-van Gelder, Bankrechts-Handbuch, Band 1, § 56 Rn.41.

³²⁴ Schimansky/Bunte/Lwowski-van Gelder, Bankrechts-Handbuch, Band 1, § 57 Rn.4.

Nach Einreichung der Lastschrift bei der Inkassostelle schreibt diese dem Konto des Zahlungsempfängers den Lastschriftbetrag zunächst unter Vorbehalt des Eingangs gut („E.v.-Gutschrift“). Die Wertstellung erfolgt erst zum geschätzten Tag der Einlösung.³²⁵ Von der Inkassostelle wird die Lastschrift anschließend beleglos an die Zahlstelle weitergeleitet. Beleghafte Lastschriften werden zuvor von der Inkassostelle in die Beleglosigkeit überführt. Mit der Weiterleitung der Lastschrift fordert die Inkassostelle bei der Zahlstelle den Lastschriftbetrag im Rahmen des interbankrechtlichen Giroverhältnisses an.

Nur wenn die Lastschrift im Textschlüssel einen Einzugsermächtigungsvermerk enthält, erfolgt seitens der Zahlstelle keine Überprüfung des Vorliegens eines der ersuchten Belastungsbuchung entsprechenden Abbuchungsauftrags des Kontoinhabers. Nach Prüfung ausreichender Deckung belastet die Zahlstelle das Konto des Zahlers in Höhe des Betrags der an sie weitergeleiteten Lastschrift.

3. Das Abbuchungsauftragsverfahren

Im Abbuchungsauftragsverfahren (kurz: AAV) erteilt der Zahler seinem Kreditinstitut zunächst einen Abbuchungsauftrag, in dem er es zur Einlösung aller eingehenden Lastschriften anweist, die von einem ausdrücklich benannten Zahlungsempfänger bei dem Kreditinstitut eingereicht werden.³²⁶ Der Zahler hat dabei die Möglichkeit, den Abbuchungsauftrag mit einer Höchstbetragsgrenze für die einzelnen Lastschriften zu versehen, bis zu der die Zahlstelle das Zahlungskonto zu belasten berechtigt ist.³²⁷ Anschließend setzt der Zahlende den Zahlungsempfänger von der Erteilung des Abbuchungsauftrags in Kenntnis, damit dieser vereinbarungsgemäß Lastschriften in Höhe der im Valutaverhältnis entstandenen Geldschulden einreichen kann.

Der weitere Verlauf des Abbuchungsauftragsverfahrens (Einreichung der Lastschrift durch den Zahlungsempfänger an die Inkassostelle etc.) stimmt abgesehen von einem Unterschied mit demjenigen des Einzugsermächtigungsverfahrens überein: Nachdem die Zahlstelle von der Inkassostelle die Lastschrift erhält, wird sie keinen Einzugsermächtigungsvermerk auf der Lastschrift finden. Deshalb hat sie zu prüfen, ob ein vom Zahler ausgestellter und der Lastschrift entsprechender Abbuchungsauftrag vorliegt. Nur bei dessen Vorliegen ist die Bank im Verhältnis zum Kontoinhaber nämlich zur Belastung seines Kontos ermächtigt.³²⁸

4. Haftungsrisikoverteilung für Missbrauch im Lastschriftverfahren

a. Missbrauchsgefahren

Das Lastschriftverfahren ist dem Drittmissbrauch aufgrund der Identifizierbarkeit des Zahlungsempfängers nur begrenzt zugänglich, denn um eine Zahlungstransaktion anstoßen zu können, muss der Zahlungsempfänger mit seiner Bank zuvor eine Inkassovereinbarung abgeschlossen haben.³²⁹ Da das Lastschriftverfahren immer über die Empfängerbank als Inkassostelle eingeleitet wird, welche die Kundendaten üblicherweise bei Eingang einer Lastschrift auf Zulassung zum Lastschriftverfahren überprüft, ist die Gefahr des Missbrauchs durch einen unbekannten Dritten weitgehend aus-

³²⁵ Schimansky/Bunte/Lwowski-van Gelder, Bankrechts-Handbuch, Band 1, § 56 Rn.41.

³²⁶ Der formularmäßige Mustertext für einen Abbuchungsauftrag lautet „Hiermit bitte ich/wir Sie widerruflich, die von ... (Name des Zahlungsempfängers) für mich/uns bei Ihnen eingehenden Lastschriften zu Lasten meines/unseres Girokontos Nummer ... einzulösen“ (vgl. Jacob, Die zivilrechtliche Einordnung des Lastschriftverfahrens, S.20).

³²⁷ Schimansky/Bunte/Lwowski-van Gelder, Bankrechts-Handbuch, Band I, § 57 Rn.57.

³²⁸ Schimansky/Bunte/Lwowski-van Gelder, Bankrechts-Handbuch, Band I, § 56 Rn.45.

³²⁹ Schimansky/Bunte/Lwowski-van Gelder, Bankrechtshandbuch, Band I, § 58 Rn.2 ff.

geschlossen. Die Bank kann eine Gutschriftsbuchung regelmäßig dem Zahlungsempfänger zuordnen und den Missbrauchsbegünstigten dadurch aufdecken.

Dennoch ist Missbrauch im Lastschriftverfahren nicht nur theoretisch denkbar, sondern tritt Presseberichten zufolge in der Praxis durchaus häufig auf,³³⁰ etwa wenn der Zahlungsempfänger sich kurzfristig rechtswidrig Geldmittel beschaffen möchte³³¹ oder die unberechtigten Lastschriften in der Erwartung einreicht, dass die Belastungsbuchungen auf dem Zahlerkonto wegen mangelnder Überprüfung der Kontobewegungen unbeanstandet bleiben. Voraussetzung für einen erfolgreichen Lastschriftmissbrauch ist neben der bestehenden Inkassovereinbarung lediglich die täterseitige Kenntnis von der Kontoverbindung des Zahlers. Hat der Zahler sie dem Zahlungsempfänger nicht bereits selbst, etwa im Rahmen tatsächlich bestehender Geschäftsbeziehungen, mitgeteilt, hilft dem unredlichen Zahlungsempfänger der zunehmende Internethandel mit Kontodaten, durch den er aufwandslos an eine unerschöpfliche Anzahl missbrauchsfähiger Datensätze gelangen kann.³³²

Zentrales Angriffs- bzw. Fälschungsobjekt bei Missbrauch im Lastschriftverkehr können sowohl Einzugsermächtigung und Abbuchungsauftrag als auch einzelne Lastschriften selbst sein. Hat der Zahler nicht bereits einen Abbuchungsauftrag zugunsten des Zahlungsempfängers bei der kontoführenden Bank eingerichtet, ist Missbrauch im Einzugsermächtigungsverfahren für den unredlichen Zahlungsempfänger mit geringerem Aufwand verbunden als im Abbuchungsauftragsverfahren: Im Abbuchungsauftragsverfahren muss er der Zahlstelle unter Vorspielung der Identität des Zahlers einen gefälschten Abbuchungsauftrag zukommen lassen. Beim Einzugsermächtigungsverfahren nimmt die Inkassostelle die Lastschriften hingegen an, ohne die Einzugsberechtigung des Zahlungsempfängers wirksam überprüfen zu können, da die schriftliche Ermächtigungserklärung des Zahlers beim Zahlungsempfänger verbleibt.³³³ Üblicherweise prüft die Inkassostelle daher lediglich das Vorliegen einer Inkassovereinbarung, ohne die Berechtigung des Zahlungsempfängers zur Einziehung der Einzelbeträge zu kontrollieren.³³⁴ Auch bei der Zahlstelle erfolgt keine Überprüfung der Berechtigung des Zahlungsempfängers,³³⁵ sodass sich das Betrugsmanöver zum einen ohne großen Aufwand durchführen lässt und zum anderen die Gefahr der Enttarnung bis zur täterseitig begehrten Gutschriftsbuchung auf dem Empfängerkonto für den Zahlungsempfänger im Einzugsermächtigungsverfahren geringer ist als im Abbuchungsauftragsverfahren.

Unterhalten Zahler und Zahlungsempfänger allerdings tatsächlich Geschäftsbeziehungen und hat der Zahler bei seiner Bank zugunsten des Zahlungsempfängers einen Abbuchungsauftrag eingerichtet, entfällt für den unredlichen Zahlungsempfänger der Fälschungsaufwand des Abbuchungsauftrags. Die Inkassostelle leitet missbräuchlich eingereichte Lastschriften ohne Überprüfung der Berechtigung des Zahlungsempfängers zur Zahlstelle weiter, die sich ihrerseits auf die Überprüfung

³³⁰ Vgl. Berichterstattung S.Z. v. 09.09.2008, S.22, „Das böse Spiel mit den Kontonummern – Bundesweit beschäftigen sich die Staatsanwaltschaften mit verkauften Verbraucherdaten und illegalen Abbuchungen“; Spiegel Online v. 09.12.2008, „So ist der Lastschriftmissbrauch zu stoppen“; Spiegel Online v. 12.08.2008, „Tarnfirmen sollen Kontodaten missbraucht haben“.

³³¹ Schimansky/Bunte/Lwowski-van Gelder, Bankrechtshandbuch, Band I, § 58 Rn.3.

³³² Vgl. Berichterstattung S.Z. v. 09.09.2008, S.22, „Das böse Spiel mit den Kontonummern – Bundesweit beschäftigen sich die Staatsanwaltschaften mit verkauften Verbraucherdaten und illegalen Abbuchungen“; S.Z. (Landkreisausgabe) v. 10.12.2008, S.R2, „Banken rufen Kunden zur Wachsamkeit auf – Datenmissbrauch: VR-Bank und Kreissparkasse raten, Kontoauszüge genau zu prüfen“; Spiegel Online v. 12.08.2008, „Tarnfirmen sollen Kontodaten missbraucht haben“; Spiegel Online v. 09.12.2008, „So ist der Lastschriftmissbrauch zu stoppen“.

³³³ Schimansky/Bunte/Lwowski-van Gelder, Bankrechts-Handbuch, Band I, § 57 Rn.4.

³³⁴ Von ihrem Recht aus Nr.2 der Inkassovereinbarung auf Vorlage der Einzugsermächtigung mach die Inkassostelle gegenüber dem Zahlungsempfänger bei Einreichung der Lastschrift in der Regel keinen Gebrauch, Jacob, Die zivilrechtliche Beurteilung des Lastschriftverfahrens, S.18.

³³⁵ Vgl. zum Ablauf des Einzugsermächtigungsverfahrens Jacob, Die zivilrechtliche Beurteilung des Lastschriftverfahrens, S.17 ff.

der Konformität mit dem Abbuchungsauftrags beschränkt.³³⁶ Fälschungsaufwand und Enttarnungsrisiko sind daher nicht höher als im Einzugsermächtigungsverfahren.

b. Rechtliche Zuordnung des Drittmissbrauchsrisikos zwischen Bank und Kunde

Für die Zuordnung des Drittmissbrauchsrisikos ist von wesentlicher Bedeutung, ob die Zahlstelle zur Belastung des Zahlerkontos autorisiert war. Nur wenn die Zahlstelle zur Belastung des Kontos berechtigt war, vermindert sich der girovertragliche Guthabensanspruch des Kontoinhabers nach um den betroffenen Zahlungsbetrag, und die Bank wird frei vom Risiko des finanziellen Verlusts wegen mangelnder Möglichkeit der Schadloshaltung beim Zahlungsempfänger. Aufgrund des ungleichen Adressaten von Einzugsermächtigung und Abbuchungsauftrag unterscheiden sich beide Verfahren hinsichtlich der Autorisierung erheblich voneinander:

1.) Einzugsermächtigungsverfahren

Ob der Zahler die Zahlstelle durch die Einzugsermächtigung zur Belastungsbuchung autorisiert, wird in Literatur und Rechtsprechung kontrovers diskutiert. Dominiert wird die Diskussion von zwei unterschiedlichen Ansätzen:

Nach der Ermächtigungstheorie wird die Einzugsermächtigung verstanden als Ermächtigung des Empfängers gemäß § 185 I BGB zur Erteilung eines Überweisungsauftrags an die Zahlstelle mit Wirkung gegen den Kontoinhaber.³³⁷ Entspricht die Kontobelastung der gegenüber dem Zahlungsempfänger abgegebenen Einzugsermächtigung, erfolgt sie nach dieser Auffassung berechtigt. Die Rechtssprechung hat sich allerdings der Genehmigungstheorie³³⁸ angeschlossen,³³⁹ die der Einzugsermächtigung im Verhältnis zwischen Zahler und Zahlstelle keine Rechtswirkung einräumt. Vielmehr beruhe die Belastungsbuchung des Zahlerkontos durch die Zahlstelle allein auf einer Weisung der ersten Inkassostelle und gerade nicht auf einer Weisung des Zahlers.³⁴⁰ Mangels Belastungsweisung erwirbt die Zahlstelle nach dieser Theorie zunächst keinen Anspruch aus §§ 675, 670 BGB und die Belastungsbuchung bleibt Skripturakt ohne Rechtswirkung bis der Zahlungspflichtige sie genehmigt (§ 185 II 1 Var.1 BGB) und dadurch einen Aufwendungsersatzanspruch nach §§ 684 S.2, 683 S.1, 670 BGB entstehen lässt.³⁴¹

Bei missbräuchlicher Einziehung des Zahlungsbetrags ist dieser Streit um die dogmatische Einordnung der Einzugsermächtigung nur von nachrangiger Bedeutung, denn weder bei Anwendung der Genehmigungs- noch der Ermächtigungstheorie erfolgt die Belastungsbuchung des Zahlerkontos autorisiert. Nach der Genehmigungstheorie folgt dies offensichtlich aus der Widerrechtlichkeit jedweder Belastungsbuchung der Bank im EEV. Die Ermächtigungstheorie kommt ebenfalls bei allen vorstellbaren Missbrauchskonstellationen zu diesem Ergebnis: Liegt tatsächlich eine Einzugsermächtigung des Zahlers vor, reicht der Zahlungsempfänger bei der Inkassostelle jedoch eine von der Ermächtigung nicht erfasste Lastschrift (missbräuchlich) ein und belastet die Zahlstelle nach entsprechender Anfrage der Inkassostelle das Konto des Zahlers, so ist dieser konkrete Zahlungsvorgang vom Zahler nicht autorisiert und die Belastungsbuchung widerrechtlich. Dies gilt erst recht für Fäl-

³³⁶ Jacob, Die zivilrechtliche Beurteilung des Lastschriftverfahrens, S.20.

³³⁷ Canaris, Bankvertragsrecht, Rn.532.

³³⁸ Begründet durch Hadding, vgl. ausf. ders. in FS-Bärmann, S.375, 384 ff.

³³⁹ BGHZ 144, 349, 353 ff.; BGH WM 2003, 524, 526; BGHZ 161, 49, 52 ff.

³⁴⁰ Hadding, FS-Bärmann, S.375, 388.

³⁴¹ Piekenbrock, KTS 2007, 179, 182.

le, in denen der Zahler gegenüber dem Zahlungsempfänger schon gar keine Einzugsermächtigung abgab.³⁴²

Relevant für die Verteilung des Missbrauchsrisikos zwischen Zahler und Zahlstelle wäre eine Entscheidung zwischen den Theorien deshalb nur, wenn – wie von einigen Befürwortern der Genehmigungstheorie angenommen – das Ausbleiben einer die Fehlbuchung monierenden Reaktion des Zahlers nach Erhalt der Kontoauszüge zur stillschweigenden Genehmigung der zunächst widerrechtlich erfolgten Kontobelastung führte.³⁴³ Zu Recht lehnt die Rechtsprechung dies jedoch ab.³⁴⁴

Anderes gilt jedoch für die Zusendung des Rechnungsabschlusses: Gemäß Nr.7 II 2 der AGB-Banken bzw. Nr.7 III 2 AGB-Sparkassen liegt in der Übersendung des Rechnungsabschlusses durch die Bank ein Angebot auf Abschluss eines Schuldanerkenntnisvertrags, dessen Annahme sich vollzieht, sofern nicht der Kunde unverzüglich, spätestens aber innerhalb von sechs Wochen widerspricht. An die Stelle einzelner Ansprüche tritt nach Rechnungsstellung im Wege der Schuldum-schaffung eine einheitliche Saldoforderung.³⁴⁵ Zwar kann der Kunde auch nach Zustandekommen des Schuldanerkenntnisvertrags weiterhin Berichtigung verlangen. Nun trägt er jedoch für bestehende Abweichungen und Irregularitäten die Beweislast.

Festzuhalten ist insoweit, dass im Einzugsermächtigungsverfahren grundsätzlich die Bank das Missbrauchsrisiko trägt.

2.) Abbuchungsauftragsverfahren

Im Abbuchungsauftragsverfahren autorisiert der Zahler nicht den Zahlungsempfänger, sondern die Zahlstelle selbst durch Übermittlung eines Abbuchungsauftrags. Bei diesem handelt es sich um eine girovertragliche Generalweisung des Kontoinhabers gegenüber seiner Bank gemäß §§ 665, 675 BGB, durch welche die Bank gegenüber dem Zahler zwecks Einlösung der im Abbuchungsauftrag genannten Lastschriften zur Belastungsbuchung des Zahlerkontos berechtigt und verpflichtet wird.³⁴⁶

Geht bei der Zahlstelle eine Lastschrift ein und ist diese im Textschlüssel nicht als Einzugsermächtigung gekennzeichnet, so ist sie von der Zahlstelle als Abbuchungsauftrags-Lastschrift zu behandeln.³⁴⁷ Ohne Vorliegen eines der Lastschrift entsprechenden Abbuchungsauftrags darf die Zahlstelle das Zahlerkonto nicht belasten.³⁴⁸ Vor diesem Hintergrund kommen vornehmlich drei unterschiedliche Missbrauchskonstellationen in Betracht:

Hat der Zahler gegenüber der Zahlstelle keinen Abbuchungsauftrag abgegeben, sondern wurde dieser vom Zahlungsempfänger gefälscht und löst die Zahlstelle anschließend eine Lastschrift auf Grundlage des gefälschten Abbuchungsauftrags ein, belastet sie das Zahlerkonto unautorisiert, so dass die Belastungsbuchung reiner Skripturakt ohne Rechtswirkung bleibt. Die Zahlstelle erwirbt gegen den Zahler keinen Aufwendungsersatzanspruch gemäß §§ 675, 670 BGB³⁴⁹ und der girover-

³⁴² *Canaris*, Bankvertragsrecht, Rn.559; *Jacob*, Die zivilrechtliche Beurteilung des Lastschriftverfahrens, S.23.

³⁴³ So *Hadding*, FS-Bärmann, S.375, 390; *Engel*, Rechtsprobleme um das Lastschriftverfahren, S.42; *Fallscheer-Schlegel*, Das Lastschriftverfahren, S.28.

³⁴⁴ BGHZ 95, 103, 107; zustimmend *Bundschuh*, FS-Stimpel, S.1039, 1047 f.; *Piekenbrock*, KTS 2007, S.179, 186; m.w.N. *Langenbucher*, Die Risikoordnung im bargeldlosen Zahlungsverkehr, S.202 f.

³⁴⁵ *Langenbucher*, Die Risikoordnung im bargeldlosen Zahlungsverkehr, S.203.

³⁴⁶ St. Rspr. BGH, z.B. in WM 1978 819, 820; NJW 1979, 542; NJW 1977, 1916; WM 1986, 784, 785; in der Lit. m.w.N. *Schimansky/Bunte/Lwowski-van Gelder*, Bankrechts-Handbuch, Band I, § 57 Rn.64; *Hadding*, FS-Bärmann, S.382 ff.; *Jacob*, Die zivilrechtliche Beurteilung des Lastschriftverfahrens, S.92.

³⁴⁷ *Schwintowski/Schäfer-Schwintowski*, Bankrecht, § 8 Rn.48.

³⁴⁸ *Schimansky/Bunte/Lwowski-van Gelder*, Bankrechtshandbuch, Band I, § 58 Rn.32.

³⁴⁹ *Schwintowski/Schäfer-Schwintowski*, Bankrecht, § 8 Rn.102.

tragliche Guthabensanspruch über das dem Konto zugeordnete Buchgeld verbleibt dem Zahler unvermindert.

Erteilt der Zahler der Zahlstelle hingegen tatsächlich einen Abbuchungsauftrag, dem eine vom Zahlungsempfänger missbräuchlich eingereichte Lastschrift entspricht, ist die fehlende Berechtigung des Zahlungsempfängers zur Einziehung des Zahlungsbetrags im Valutaverhältnis für die Rechtmäßigkeit der Belastungsbuchung im Deckungsverhältnis unerheblich und die Zahlstelle belastet das Zahlerkonto rechtmäßig. Der girovertragliche Guthabensanspruch des Zahlers gegenüber seiner Bank vermindert sich folglich um den Betrag der missbräuchlich eingereichten Lastschrift. Zu berücksichtigen ist allerdings, dass die Kontobelastungsberechtigung der Zahlstelle bei Kenntnis von dem Missbrauchsvorgang oder bei massiven, sich ihr aufdrängenden Verdachtsmomenten, die auf einen Missbrauch hindeuten, entfällt.³⁵⁰ Dies ist allerdings als Ausnahmefall zu behandeln, denn üblicherweise hat die Bank keine Möglichkeit zur Überprüfung der Redlichkeit des Zahlungsempfängers.³⁵¹

Besteht zwischen Zahler und Zahlstelle zwar ein Abbuchungsauftrag, entspricht eine (missbräuchlich) eingereichte Lastschrift ihm inhaltlich (z.B. der Höhe nach) aber nicht, handelt die Zahlstelle gegenüber dem Zahler nicht weisungsgemäß und belastet das Zahlerkonto unautorisiert,³⁵² sodass dem Zahler ebenfalls ein unverminderter girovertraglicher Auszahlungsanspruch verbleibt.

Hinsichtlich der stillschweigenden Genehmigung einer unautorisierten Belastungsbuchung durch den Zahler ist auf die entsprechenden Ausführungen zum Einzugsermächtigungsverfahren zu verweisen.³⁵³

3.) Grundsatz: Die Bank trägt das Risiko für unautorisierte Lastschriften

Im Ergebnis lässt sich festhalten, dass im Lastschriftverfahren grundsätzlich die Bank das Missbrauchsrisiko trägt. Allein bei missbräuchlicher Einreichung einer Lastschrift, die einem tatsächlich bestehenden Abbuchungsauftrag zugunsten des Zahlungsempfängers entspricht, trägt der Zahler selbst das finanzielle Risiko.³⁵⁴

Der Widerspruch des Zahlers gegen eine unautorisierte Belastungsbuchung hat in zweierlei Hinsicht rechtliche Relevanz: Zum einen manifestiert sich in ihm die Genehmigungsverweigerung des Zahlers, zum anderen ist er Berichtigungsverlangen der im Kontokorrent ausgewiesenen Fehlbuchung.³⁵⁵ Das Widerspruchsrecht des Zahlers gegenüber der Bank unterliegt keiner Frist.³⁵⁶

4.) Schadensersatzhaftung

Unbeschadet der voranstehenden Ausführungen können zwischen Zahler und Zahlstelle vertragliche Schadensersatzansprüche bestehen, wenn einer der Beteiligten schuldhaft und schadenskausal eine girovertragliche Pflicht verletzt hat.³⁵⁷ Der Anwendungsbereich der Schadensersatzhaftung ist im Rahmen des Lastschriftmissbrauchs jedoch gering. Zum einen wird sich der Zahler in der Regel auf den einfacher durchsetzbaren girovertraglichen Primäranspruch auf Auszahlung stützen, sodass er Schadensersatzansprüche höchstens als Gegenansprüche oder im Rahmen des Mitverschuldens

³⁵⁰ Schimansky/Bunte/Lwowski-van Gelder, Bankrechtshandbuch, Band I, § 58 Rn.35.

³⁵¹ Langenbucher/Gößmann/Werner-Werner, Zahlungsverkehr, § 2 Rn.48.

³⁵² Langenbucher/Gößmann/Werner-Werner, Zahlungsverkehr, § 2 Rn.47; Schimansky/Bunte/Lwowski-van Gelder, Bankrechtshandbuch, Band I, § 58 Rn.35.

³⁵³ Siehe voriger Gliederungsabschnitt.

³⁵⁴ Schimansky/Bunte/Lwowski-van Gelder, Bankrechts-Handbuch, Band I, § 58 Rn.35.

³⁵⁵ Schimansky/Bunte/Lwowski-van Gelder, Bankrechts-Handbuch, Band I, § 58 Rn.57.

³⁵⁶ Str., hierzu ausf. Schimansky/Bunte/Lwowski-van Gelder, Bankrechts-Handbuch, § 58 Rn.64 ff.

³⁵⁷ Langenbucher, Die Risikoordnung im bargeldlosen Zahlungsverkehr, S.203.

zur Schadloshaltung geltend machen wird, wenn sich die Zahlstelle ihrerseits auf Schadensersatzansprüche beruft. Zum anderen ist zu bedenken, dass der Zahler in der Regel mit dem Zahlungsvorgang nicht in Kontakt kommt und seine girovertraglichen Pflichten hinsichtlich des Lastschriftverkehrs sehr limitiert sind. Die größte Bedeutung ist der Pflicht des Kontoinhabers zur Kontrolle der Kontoauszüge und gegebenenfalls zur Mitteilung von Unstimmigkeiten gegenüber der Bank zuzumessen. Die Zahlstelle ihrerseits muss den Zahler bei auffälligen Ungereimtheiten und Irritationen in eingehenden Lastschriften vor der Belastung seines Kontos hiervon in Kenntnis setzen und gegebenenfalls bei ihm Rückfrage nehmen.³⁵⁸

5.) Rechtsscheinhaftung

Liegen die entsprechenden tatbestandlichen Voraussetzungen vor, hat der Zahler nach den Grundsätzen der Rechtsscheinhaftung die von der Bank als Weisung verstandene ge- oder verfälschte Willenserklärung gegen sich gelten zu lassen. In Betracht kommen die Grundsätze von Anscheins- und Duldungsvollmacht sowie diejenigen über den Blankettmissbrauch.³⁵⁹ Als Bezugsobjekt für eine Rechtsscheinhaftung kommt vor allem der Abbuchungsauftrag im Abbuchungsauftragsverfahren in Betracht.

IV. Beweisrecht

Die zuvor dargelegte materielle Rechtslage spiegelt nur dann die tatsächliche Zuordnung des Missbrauchsrisikos im bargeldlosen Zahlungsverkehr wieder, wenn die der Missbrauchszuordnung zugrunde liegenden gegenseitigen Ansprüche von Bank und Kunde sich prozessual auch durchsetzen lassen. Von zentraler Bedeutung für die prozessrechtliche Durchsetzbarkeit der Ansprüche ist das Beweisrecht.

1. Prozessuale Ausgangslage

Ziel der Prozessparteien eines gerichtlichen Verfahrens ist die Überzeugung des Gerichts von der Wahrheit der für die jeweilige Partei nützlichen relevanten Sachverhaltsumstände (§ 286 ZPO).³⁶⁰ Bei Geltendmachung eines Anspruchs hat der Anspruchsteller hierzu gemäß dem zivilprozessualen Darlegungsgrundsatz zunächst die anspruchsbegründenden Umstände darzulegen. Anschließend obliegt ihm nach allgemeinen ungeschriebenen Grundsätzen die Beweisführung über die Richtigkeit der dargelegten Umstände,³⁶¹ sofern nicht die gegnerische Prozesspartei diese zugesteht (§ 288 ZPO), sich gar nicht zu den Vorwürfen äußert (Geständnisfiktion nach § 138 III ZPO) oder bereits eine gesetzliche Vermutung für das Vorliegen der Tatsachen besteht. Während der Anspruchsteller grundsätzlich die Beweislast für die rechtsbegründenden Tatbestandsmerkmale trägt, muss der Anspruchsgegner über die rechtshindernden, rechtsvernichtenden und rechtshemmenden Merkmale Beweis führen.³⁶² Beweis über eine Tatsache ist erbracht, wenn der Richter persönlich von der Wahrheit der behaupteten Tatsache voll überzeugt ist.³⁶³ Erforderlich hierfür ist Gewissheit des Richters, die regelmäßig bei an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit der betroffenen Tatsache vorliegt.³⁶⁴ Von wenigen Ausnahmen abgesehen, kann sich der Beweisbelastete zur Überzeugung

³⁵⁸ Ähnlich Schimansky/Bunte/Lwowski-van Gelder, Bankrechtshandbuch, § 58 Rn.35.

³⁵⁹ Vgl. hierzu ausf. oben in Kap.2 A. I. 3. b.

³⁶⁰ MüKo-ZPO/Prütting, § 286 Rn.16.

³⁶¹ Musielak/Foerste, Zivilprozessordnung, § 286 Rn.34 f.; Zöller, Zivilprozessordnung, vor § 284 Rn.17a.

³⁶² MüKo-ZPO/Prütting, § 286 Rn.112.

³⁶³ Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, Zivilprozessordnung, § 286 Rn.16.

³⁶⁴ Musielak/Foerste, ZPO-Kommentar, § 286 Rn.18 f.

des Gerichts ausschließlich der im Strengbeweisverfahren zugelassenen, ausdrücklich in der ZPO aufgeführten Beweismittel der §§ 355 ff. ZPO bedienen.³⁶⁵

2. Beweisrecht bei Missbrauch im Zahlungsverkehr

Wurde ein Zahlungsvorgang drittmisbräuchlich ausgelöst, ist der tatsächliche Ablauf der betroffenen Zahlungstransaktion von maßgeblicher Bedeutung für die Beweislage der Prozessparteien. Denn je nach Art des Zahlungsvorgangs verbleiben den Beteiligten zur Beweisführung über materiell-rechtlich bestehende Ansprüche mehr oder minder ergiebige Beweismittel zur Überzeugung des Gerichts von deren tatsächlichem Bestehen. Durch die Standardisierung der Zahlungsverfahren befinden sich die Beteiligten je nach Transaktionsart in einer verfahrenstypischen Beweislage.

a. Beweislage im Überweisungsverkehr

1.) Beleghaftes Verfahren

Zur Beweisführung über den für den Aufwendungsersatz- (§ 670 BGB) bzw. Vorschussanspruch (§ 669 BGB) erforderlichen Überweisungsantrag wird die Bank in der Regel den Überweisungsbeleg als Privaturkunde im Sinne des § 416 ZPO vorbringen. Bestreitet der Überweisende die Echtheit der auf dem Beleg vermerkten Unterschrift, hat die Bank hierüber einen Vollbeweis zu führen. Eine gesetzliche Vermutung für die Echtheit der Urkunde gibt es nicht.³⁶⁶ Fälscht der Missbrauchstäter die Unterschrift des Überweisenden, kann die Bank einen entsprechenden Beweis über deren Echtheit idealerweise nicht erbringen und die prozessuale Durchsetzung eines Aufwendungsersatzanspruchs ist – entsprechend der materiellen Rechtslage – ausgeschlossen.

Erkennt der Überweisende die Echtheit der Unterschrift an oder kann die Bank sie beweisen, spricht gemäß §§ 416, 440 II ZPO eine gesetzliche Vermutung für die inhaltliche Echtheit des Überweisungsauftrags.³⁶⁷ Der Belastete kann diese Vermutung durch einen entsprechenden Gegenbeweis nach § 292 ZPO erschüttern. Durch Beweisführung über eine Blankounterschrift wird die Beweiskraft nicht beseitigt.³⁶⁸ Der Überweisende kann dann zwar Gegenbeweis über einen Blankettmissbrauch führen,³⁶⁹ wodurch er seine Prozesslage gegenüber der Bank jedoch selten wird verbessern können.³⁷⁰

Macht die Bank zur eigenen Schadloshaltung (hilfsweise) einen vertraglichen Schadensersatzanspruch gegenüber dem Kunden geltend, liegt ihre prozessuale Schwierigkeit vor allem in der Beweisführung über die Pflichtverletzung des Überweisenden.

2.) Belegloses Verfahren

Im beleglosen Verfahren werden die Daten der verwendeten Zahlungskarte und die Eingaben sowie Zeit und Ort bei der Autorisierungsanfrage im Autorisierungsrechner des überweisenden Kreditinstituts gespeichert. Gibt der Überweisende außerdem die korrekte PIN ein, wird zudem die Richtigkeit der Eingabe aufgezeichnet. Eine anderweitige Dokumentation über den Zahlungsvorgang existiert nicht, sodass die Bank die Beweisführung zur Durchsetzung des Aufwendungsersatzanspruchs bzw. eventueller Schadensersatzansprüche gegenüber dem Kunden in der Regel nur auf die elektro-

³⁶⁵ Stein/Jonas-Leipold, § 284 III Rn.23 ff; Schneider, Beweis und Beweiswürdigung, § 11 Rn.199.

³⁶⁶ Zöller, Zivilprozessordnung, § 416 Rn.1.

³⁶⁷ Weber, Recht des Zahlungsverkehrs, S.114.

³⁶⁸ BGH NJW 1986, 3086; BGHZ 104, 177.

³⁶⁹ Zöller, Zivilprozessordnung, § 416 Rn.4.

³⁷⁰ Zu den Grundsätzen des Blankettmissbrauchs siehe oben in Kap.2 A. I. 3. b. 2.).

nischen Aufzeichnungen über den Zahlungsvorgang stützen kann. Die Beweislage der Bank richtet sich deshalb maßgeblich nach dem Beweiswert der elektronischen Aufzeichnungen.³⁷¹

3.) Electronic-Banking

Die Beweislage der Bank beim *Electronic-Banking* ist vergleichbar: Unabhängig vom bankseitig verwendeten Sicherheitskonzept (PIN/TAN-Verfahren oder HBCI-Standard) werden die Daten des Überweisungsangebots beim Überweisungsvorgang in der Computeranlage der überweisenden Bank gespeichert. Wie im beleglosen Überweisungsverfahren kann die Bank als einzige Dokumentation der Überweisungstransaktion die Computerprotokolle als elektronische Dokumente in den Prozess einbringen, um Primär- oder Sekundäransprüche gegen den Kunden durchzusetzen.³⁷²

4.) Telefon-Banking

Nutzt der Überweisende das Telefon-Banking-Verfahren, werden die Transaktionsdaten von der Bank protokolliert. Steuert der Überweisende die Durchführung der Zahlungstransaktion durch Spracheingabe in die Sprechmuschel des Telefons, zeichnet die Bank die Eingabe gewöhnlicherweise auf, um dem Kunden den Überweisungsantrag im Prozess mittels Stimmenvergleich nachweisen zu können. Die Sprachaufzeichnung kann als Augenscheinsobjekt im Sinne des § 371 ZPO in den Prozess eingeführt werden.³⁷³

b. Beweislage bei kartengestützten Zahlungen

Aufgrund der Ungleichheit im Zahlungsablauf stehen der Bank zur Beweisführung über den Aufwendungsersatzanspruch bei ec-Karten- und Kreditkartenzahlung unterschiedliche Beweismittel zur Verfügung. Im *electronic-cash*-Verfahren protokolliert der Autorisierungsrechner der Bank die Zahlungstransaktion.³⁷⁴ Verwendet der Missbrauchstäter die Karte unter Eingabe der korrekten PIN, zeichnet der Autorisierungsrechner diesen äußerlich defektfreien Zahlungsvorgang ohne Kennzeichnung des Missbrauchsvorgangs auf. Andere Dokumente oder Beweismittel kann die Bank dem Gericht mangels Beleghaftigkeit des Verfahrens zur Beweisführung über die Weisung nicht vorbringen. Keine weniger herausfordernde Beweislage ergibt sich für die Bank in Hinblick auf die Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen. Auch hierfür kann sie ausschließlich die Protokolle des Autorisierungsrechners vorbringen. Von zentraler Bedeutung ist für die Bank aus diesem Grund der Beweiswert dieser elektronischen Dokumente.³⁷⁵ Beim Kreditkartengeschäft lässt sich das Vertragsunternehmen zu Beweis Zwecken den Zahlungsbeleg unterschreiben. Es gelten die bereits im Rahmen der Beweislage im beleghaften Überweisungsverfahren ausgeführten Grundsätze zum Beweiswert von Privaturkunden.³⁷⁶

c. Beweislage im Lastschriftverfahren

Grundsätzlich trägt die Bank das Haftungsrisiko für Drittmissbrauch im Lastschriftverkehr.³⁷⁷ Ausnahmsweise wird dieser Grundsatz jedoch durchbrochen, wenn der Zahler gegenüber seiner Bank einen Abbuchungsauftrag eingerichtet hat und die missbräuchlich eingereichte Lastschrift trotz Defekts im Valutaverhältnis dem Abbuchungsauftrag entspricht. Materiell-rechtlich hat die Bank ge-

³⁷¹ Zum Beweiswert elektronischer Dokumente vgl. unten in Kap.2 A. IV. 3.

³⁷² Zum Beweiswert elektronischer Dokumente vgl. unten in Kap.2 A. IV. 3.

³⁷³ Zietsch, Die Haftung im Telefon-Banking-Verkehr, S.123.

³⁷⁴ So Schindler im Interview mit Paul in NJW-CoR 1998, 223, 225.

³⁷⁵ Vgl. hierzu unten in Kap.2 A. IV. 3.

³⁷⁶ Siehe oben in Kap.2 A. IV. 2. a. 1.).

³⁷⁷ Siehe oben in Kap.2 A. III. 4. b. 3.).

gegenüber dem Zahler dann einen Anspruch auf Aufwendungsersatz gemäß §§ 670, 675 BGB. Im Prozess kann die Bank dem Gericht sowohl den schriftlichen Abbuchungsauftrag als auch die einzelnen Lastschriften als Privaturkunden im Sinne des § 416 ZPO vorlegen.

Die missbrauchsrelevanten vertraglichen Sorgfaltspflichten des Zahlungsdienstnutzers im Lastschriftverkehr sind gegenüber den übrigen Zahlungsverfahren entschieden übersichtlicher. Sofern der Zahlungsdienstleister gegenüber dem Zahlungsdienstnutzer zur Schadloshaltung vom Drittmissbrauch ausnahmsweise einen Schadensersatzanspruch geltend macht, hat er nach allgemeinen Grundsätzen insbesondere über die Verletzung der Vertragspflicht durch den Zahlungsdienstnutzer und den kausalen Schaden Beweis zu führen.

3. Der Beweiswert elektronischer Dokumente

Veranlasst der Zahler gegenüber seiner Bank einen Zahlvorgang durch die Abgabe einer Willenserklärung auf elektronischem Weg, wird der Zahlvorgang durch die Bank in der Regel automatisch computergestützt protokolliert. Bestreitet der Zahler anschließend die Abgabe der Willenserklärung, verbleiben der Bank zur Überzeugung des Gerichts nach Maßgabe des § 286 ZPO häufig nur die elektronischen Aufzeichnungen.

Eine direkte Anwendung des § 416 ZPO auf elektronische Dokumente scheidet offenkundig aus: Zwingendes Erfordernis für Privaturkunden gemäß § 416 ZPO ist die Unterschrift des Ausstellers oder die Unterzeichnung mittels notariell beglaubigter Handzeichen. Bereits naturgemäß können diese Voraussetzungen bei elektronischen Dokumenten nicht vorliegen. Ferner versteht sich die Urkunde im Sinne des § 416 ZPO als verkörperte Gedankenerklärung in Schriftzeichen,³⁷⁸ während ein elektronisches Dokument eine unverkörperte Reproduktion des elektronisch gespeicherten Dokuments darstellt, dessen Lesbarkeit erst herbeigeführt werden muss.³⁷⁹ Neben der direkten scheidet auch eine analoge Anwendung des § 416 ZPO auf elektronische Dokumente aus: Zum einen ist § 416 ZPO eine Ausnahmenvorschrift von der freien richterlichen Beweiswürdigung, sodass die Ausdehnung seines Anwendungsbereichs dem Gesetzgeber vorbehalten ist.³⁸⁰ Zum anderen mangelt es einer analogen Anwendung des § 416 ZPO an einer gesetzlichen Regelungslücke: Mit § 371a I ZPO hat der Gesetzgeber bewusst eine Vorschrift über den erhöhten Beweiswert bestimmter elektronischer Dokumente geschaffen. Liegen die Voraussetzungen des § 371a I ZPO nicht vor, kann das Gericht das Dokument in visualisierter Form in Augenschein nehmen und in die freie Beweiswürdigung nach § 286 ZPO einfließen lassen.

Sind die elektronischen Dokumente mit einer qualifizierten elektronischen Signatur versehen, spricht § 371a I ZPO ihnen kraft entsprechender Anwendung der Vorschriften über die Beweiskraft privater Urkunden eine beweisrechtliche Sonderstellung zu.

Im Rahmen des PIN bzw. PIN/TAN-Verfahrens sind die Sicherheitsmerkmale PIN und TAN zwecks Authentifizierbarkeit des elektronischen Überweisungsangebots des Kunden mit diesem „logisch verknüpft“ und deshalb als elektronische Signaturen im Sinne von § 2 Nr.1 SigG zu qualifizieren. Mangels eines Zertifikats gemäß §§ 2 Nr.3, Nr.6, 7 SigG und des Vorliegens der Voraussetzungen des § 2 Nr.2 SigG handelt es sich jedoch weder um fortgeschrittene noch um qualifizierte Signaturen nach Maßgabe des Signaturgesetzes.³⁸¹ Bei Abgabe der Zahlungsanweisung unter Verwendung des HBCI-Standards wird demgegenüber nicht lediglich eine einfache, sondern eine fort-

³⁷⁸ Zöller, Zivilprozessordnung, Vor § 415 Rn.2; Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, Zivilprozessordnung, Übers § 415 Rn.5.

³⁷⁹ Langenbucher/Gößmann/Werner-Escher, Zahlungsverkehr, § 4 Rn.168.

³⁸⁰ Langenbucher/Gößmann/Werner-Escher, Zahlungsverkehr, § 4 Rn.170.

³⁸¹ Koch/Maurer, WM 2002, 2443, 2446 f.

geschrittene elektronische Signatur gemäß § 2 Nr.2 SigG erstellt. Wie beim PIN bzw. PIN/TAN-Verfahren ermangelt es auch dem HBCI-Standard zur Einordnung als qualifizierte elektronische Signatur eines entsprechenden Zertifikats.³⁸²

Da § 371a I ZPO vorsieht, dass lediglich mit einer qualifizierten elektronischen Signatur versehene elektronischen Dokumente vor Gericht wie private Urkunden zu behandeln sind und den Anschein der Echtheit erzeugen, scheidet seine direkte Anwendung aus. Durch die ausdrückliche Aufnahme der Vorschrift kommt der gesetzgeberische Wille zum Ausdruck, lediglich solche Dokumente beweisrechtlich zu privilegieren, die durch bestimmte Eigenschaften eindeutig einem Aussteller zuzuordnen sind. Für eine analoge Anwendung des § 371a I ZPO auf einfache elektronische Dokumente ist deshalb bereits mangels Regelungslücke kein Raum, zumal das Gericht einfache elektronische Dokumente jedenfalls im Rahmen der freien richterlichen Beweiswürdigung berücksichtigen kann. Allerdings käme die Anwendung der allgemeinen Grundsätze über den Anscheinsbeweis in Betracht.³⁸³ Voraussetzung hierfür wäre allerdings, dass § 371a I ZPO nicht als abschließende Regelung eine Anwendung des Anscheinsbeweises für andere als mit einer qualifizierten elektronischen Signatur versehene elektronische Dokumente ausschließt. Bei näherer Betrachtung steht die Vorschrift einer Anwendung der allgemeinen Grundsätze über den Anscheinsbeweis jedoch nicht im Weg: Gesetzgeberische Motivation für die Schaffung von § 371a ZPO war die Förderung des Vertrauens in die Rechtssicherheit und Verkehrsfähigkeit der elektronischen Form von Willens- und Wissenserklärungen.³⁸⁴ Hierzu wurden staatlich anerkannte Zertifizierungsstellen eingerichtet, welche die Sicherheit standardisierter Signaturverfahren bescheinigen können und eine gerichtliche Einschätzung über die Wahrscheinlichkeit der Echtheit dieser besonders sicheren elektronischen Willenserklärung entbehrlich machen. Die Beurteilung nicht staatlicherseits zertifizierter elektronischer Dokumente außerhalb des Anwendungsbereichs des § 371a I ZPO obliegt demgegenüber weiterhin dem Richter. Das gesetzgeberische Ziel der Förderung des Vertrauens in die Verkehrsfähigkeit elektronischer Erklärungen wird nicht dadurch negativ beeinträchtigt, dass auch anderen als mit einer qualifizierten elektronischen Signatur versehenen elektronischen Dokumenten die Anscheinsvermutung der Echtheit zugesprochen wird. Es besteht insofern kein Grund, dem Gericht über den Anwendungsbereich des § 371a ZPO hinaus die Anwendung der Grundsätze über den Anscheinsbeweis zu versagen, wenn die allgemeinen Voraussetzungen vorliegen. Die Vorschrift des § 371a ZPO ist daher nicht abschließend, sodass das Gericht trotz des Fehlens einer qualifizierten elektronischen Signatur nach allgemeinen Grundsätzen immer dann den Anschein für die Echtheit eines elektronischen Dokuments annehmen darf, wenn aufgrund einer entsprechenden Typizität mit *sehr hoher Wahrscheinlichkeit* von seiner Echtheit auszugehen ist.³⁸⁵

4. Der Anscheinsbeweis im bargeldlosen Zahlungsverkehr

a. Grundlagen

Der Anscheinsbeweis (*prima-facie*-Beweis) ist eine gewohnheitsrechtlich anerkannte Form der mittelbaren Beweiswürdigung,³⁸⁶ die dem Gericht erlaubt, gewisse Schlüsse aus der allgemeinen Lebenserfahrung zu ziehen und zur Bewertung streitiger Tatsachen im Rahmen der freien Beweiswür-

³⁸² Koch/Maurer, WM 2002, 2443, 2447.

³⁸³ Siehe hierzu ausf. oben in Kap.2 A. I. 3. b. 1.).

³⁸⁴ BT-Drucksache 15/4067 S.34.

³⁸⁵ Vgl. ausf. im nächsten Abschnitt zum Anscheinsbeweis.

³⁸⁶ Saenger/Saenger, Zivilprozessordnung, § 286 Rn.38.

digung nach § 286 ZPO in den Prozess mit einzubeziehen.³⁸⁷ Zentrale Voraussetzung für den Anscheinsbeweis ist ein typischer Geschehensablauf, der aufgrund von Erfahrungssätzen auf das Vorliegen bestimmter Einzelumstände schließen lässt. Dabei kann von einer feststehenden Ursache auf einen bestimmten Erfolg oder umgekehrt geschlossen werden.³⁸⁸ Aufgrund der Typizität des Geschehensablaufs wird die Erbringung des Beweises der tatsächlichen Einzelumstände des dargelegten Sachverhalts entbehrlich und sofern der Prozessgegner den Anscheinsbeweis nicht zu erschüttern vermag, gelten die vom Anscheinsbeweis erfassten Annahmen als bewiesen.³⁸⁹ Die dem Anscheinsbeweis zugrunde liegenden Typizität einer Ursache erfordert ihre *sehr hohe Wahrscheinlichkeit*.³⁹⁰ Um den konkreten Wahrscheinlichkeitsgrad einer Ursache zu ermitteln, hat das Gericht auf Grundlage der allgemeinen Lebenserfahrung³⁹¹ eine Auswertung der Wahrscheinlichkeiten möglicher Geschehensabläufe vorzunehmen, die ursächlich für den Eintritt eines bestimmten Umstands gewesen sein können.³⁹² Ausgeschlossen ist die sehr hohe Wahrscheinlichkeit einer Ursache, wenn entweder der Wahrscheinlichkeitsgrad mindestens einer anderen möglichen Ursache (ebenfalls) hoch ist³⁹³ oder zahlreiche mögliche Ursachen denkbar sind, deren Zusammentreffen es zumindest nicht unwahrscheinlich erscheinen lässt, dass eine von ihnen ursächlich für den Eintritt des Umstands war.

b. Ein Anscheinsbeweis im *electronic-cash*-Verfahren?

Wurde die ec-Karte unter Eingabe der PIN im *electronic-cash*-Verfahren verwendet und widerspricht der Karteninhaber der Belastung seines Kontos, stehen für die Bank vornehmlich zwei Ansprüche im Raum: In der Regel kann sie im Rahmen einer Anspruchshäufung nach § 260 ZPO als Hauptanspruch den Aufwendungsersatzanspruch gemäß §§ 675, 670 BGB und bei dessen Unbegründetheit³⁹⁴ subsidiär als Hilfsanspruch einen Schadensersatzanspruch gemäß §§ 280 I, 676f BGB geltend machen.

Die typische Verwendung der ec-Karte im *electronic-cash*-Verfahren spielt sich in der Praxis allein im Einflussbereich des Karteninhabers ohne unmittelbare Einschaltung des Kreditinstituts ab.³⁹⁵ Ob ein Zahlungsvorgang durch den berechtigten Karteninhaber selbst oder durch einen berechtigten oder unberechtigten Dritten ausgelöst wurde, lässt sich für das Kreditinstitut regelmäßig nicht er-

³⁸⁷ MüKo-ZPO/Pütting, § 268 Rn.48.

³⁸⁸ Thomas/Putzo, ZPO-Kommentar, § 286 Rn.13.

³⁸⁹ MüKo-ZPO/Pütting, § 268 Rn.51 (str.).

³⁹⁰ BGH WM 2004, 2309, 2311; VersR 1991, 460, 462; vereinzelt wird vorgebracht, ein bestimmter Grad an Wahrscheinlichkeit allein sei nicht ausreichend, um die für den Anscheinsbeweis erforderliche Typizität zu begründen, erforderlich sei vielmehr, dass der behauptete Vorgang „schon auf den ersten Blick nach einem durch Regelmäßigkeit, Üblichkeit und Häufigkeit geprägten Muster abzulaufen pflegt“ (Zöller/Greger, Zivilprozessordnung, Vor § 284 Rn.29; Stein/Jonas-Leipold, Zivilprozessordnung, Band 3, § 286 Rn.89). Zu überzeugen vermag dieser Einwand allerdings nicht, da Regelmäßigkeiten, Üblichkeiten und Häufigkeiten letztlich nur Ausdruck von Wahrscheinlichkeiten sind.

³⁹¹ Die Ermittlung des sehr hohen Wahrscheinlichkeitsgrades erfordert keine empirischen Befunde (BGH NJW 2004, 3623, 3624), denn die allgemeine Lebenserfahrung, auf deren prozessuale Einbeziehung der Anscheinsbeweis abzielt, beschränkt sich nicht allein auf wissenschaftlich gewonnene Erfahrungswerte. Maßgeblich sind vielmehr die allgemeinen Regeln des Lebens und die Erfahrungen des Üblichen und Gewöhnlichen (BGH NJW-RR 1988, 789, 799).

³⁹² BGH NJW-RR 1988, 789, 799; zur Ermittlung der Wahrscheinlichkeiten ist kumulativ zurückzugreifen werden auf den gemeinsamen Kern verschiedener naturwissenschaftlicher Wahrscheinlichkeitsverständnisse: des objektiven Wahrscheinlichkeitsbegriffs, der sich an statistischen und mathematischen Häufigkeiten orientiert, des subjektiven, auf persönlichen Erfahrungen eines rational handelnden Menschen beruhenden Wahrscheinlichkeitsbegriffs, sowie des logischen Wahrscheinlichkeitsbegriffs, dessen Aussagen auf rein logischen Verknüpfungen und feststehendem Basismaterial basieren (Engels, Der Anscheinsbeweis der Kausalität, S.29 ff.)

³⁹³ BGH NJW-RR 1988, 789; WM 1957, 909; NJW 1978, 2032, 2033; VersR 1995, 723, 724.

³⁹⁴ Vgl. Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, Zivilprozessordnung, § 260 Rn.8.

³⁹⁵ Langenbucher/Gößmann/Werner-Koch/Vogel, Zahlungsverkehr, § 5 Rn.23.

kennen.³⁹⁶ Anhand der elektronischen Aufzeichnungen des Zahlungsvorgangs vermag die Bank lediglich die Daten der Transaktion einzusehen, ohne den Verwender eindeutig identifizieren zu können. Keine anderen Beweismittel als die Protokolle kann die Bank im Rahmen der Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen gemäß §§ 280 I, 676f BGB vorbringen. Weder über eine konkrete Sorgfaltspflichtverletzung noch über deren Schadenskausalität oder das für einen Schadensersatzanspruch erforderliche Verschulden des Karteninhabers in Form von (grober) Fahrlässigkeit³⁹⁷ geben die Protokolle Auskunft. Vor diesem Hintergrund spielt es für die Bank eine entscheidende Rolle, ob ihr die elektronischen Aufzeichnungen als Grundlage für einen Anscheinsbeweis über die beweisrechtliche Notlage hinweghelfen können.³⁹⁸ Auf der anderen Seite würde eine Anscheinsvermutung zugunsten der Bank den berechtigten Karteninhaber in höchst empfindlicher Weise prozessual belasten, denn aufgrund der wesentypischen Verborgenheit eines Missbrauchsgeschehens liegen ihm häufig keine wesentlich ergiebigeren Beweismittel vor als der Bank.³⁹⁹ Bei Annahme eines Anscheinsbeweises erfolgt lediglich eine Umwälzung der Beweisnöte von der Bank auf den Karteninhaber, die für ihn schwere nachteilige finanzielle Folgen haben kann. In Literatur und Rechtsprechung wurde die Anwendbarkeit des Anscheinsbeweises für kartengestützte Zahlungstransaktionen unter Eingabe der PIN in den letzten Jahren vor diesem Hintergrund äußerst kontrovers diskutiert.⁴⁰⁰ Seine richtungsweisende Bedeutung für den Prozessausgang und seine Präsenz in der Prozesspraxis gebieten eine umfassende Erörterung der Problematik:

1.) Einführung und Meinungsstand

Der Anscheinsbeweis könnte der Bank in unterschiedlichen Anwendungskonstellationen und Wirkungsgraden aus der Beweisnot helfen: Zum einen könnte eine Vermutung für das Vorliegen einer Weisung *und* (subsidiär) bestimmter anspruchsbegründender Tatbestandsvoraussetzungen eines vertraglichen Schadensersatzanspruchs bestehen. Zum anderen könnte sich die Anscheinsvermutung auf bestimmte anspruchsbegründende Voraussetzungen nur eines der beiden Ansprüche beschränken.

Aus den verschiedenen möglichen Konstellationen hat sich in Literatur und Rechtsprechung unter den Befürwortern des Anscheinsbeweises im *electronic-cash*-Verfahren als h.M. eine „zweistufige“ Anwendung herausgebildet:⁴⁰¹ Zunächst soll die protokollierte Verwendung der Zahlungskarte unter Eingabe der richtigen PIN zu der Vermutung führen, dass der Karteninhaber selbst unter Eingabe der PIN eine für den Aufwendungsersatzanspruch der Bank gemäß §§ 675, 670 BGB erforderliche zurechenbare Weisung abgab. Erschüttern lässt sich diese Vermutung im Falle der drittmisbräuchlichen Kartenverwendung insbesondere durch substantiierten Vortrag des berechtigten Karteninhabers, er sei der Karte durch Diebstahl oder anderweitig verlustig geworden, sodass keine ihm zure-

³⁹⁶ Hofmann, WM 2005, 441, 445, 446.

³⁹⁷ Vgl. Abschnitt III Art.1.4 ec/maestro- bzw. SparCard-Bedingungen.

³⁹⁸ Einsele, Bank- und Kapitalmarktrecht, § 6 Rn.190.

³⁹⁹ Timme, MDR 2005, 304, 305.

⁴⁰⁰ Kritisch zur Anwendung des Anscheinsbeweises etwa Hofmann, WM 2005, 441, 446 ff.; Rossa, CR 1997, S.138, 145 f.; AG Dortmund VuR 2003, 312 ff. mit zustimmender Anmerkung Plaisier; zugunsten eines Anscheinsbeweises z.B. AG Bremen WM 2000, S.1639 ff. unter Bezugnahme auf ein Sachverständigengutachten des Leiters der Forschungsgruppe Kryptologie am Fachbereich Mathematik der Universität Bremen; ebenso OLG Frankfurt a.M. WM 2002, S.2101 ff.; für einen Anscheinsbeweis grds. auch van Look, EWiR 2005, 167 f.; Timme, MDR 2005, 304 ff.; schließlich im pro Anscheinsbeweis der Bundesgerichtshof in seinem Grundsatzurteil v. 5. Oktober 2004 in NJW 2004, 3623 ff. = WM 2004, 2309 ff. = WuB I D 5 b. 1.05 = MDR 2005, S.159 ff. = VuR 2005, 71 ff.

⁴⁰¹ So wohl Recknagel, Internet-Banking, S.146 f.; Einsele, Bank- und Kapitalmarktrecht, § 6 Rn.190; Langenbacher/Gößmann/Werner-Gößmann, Zahlungsverkehr, § 5 Rn.21 ff..

chenbare Weisung nach § 665 BGB vorgelegen haben könne.⁴⁰² Nach Erschütterung dieser ersten Anscheinsvermutung tritt zunächst wieder die beweisrechtliche Normalsituation ein.⁴⁰³ Der Bank wird jedoch abermals aus der Beweisnot verholten, indem sich eine zweite Anscheinsvermutung anschließt, die dafür sprechen soll der erfolgreiche Missbrauch der ec-Karte unter Eingabe der korrekten PIN sei durch die Verletzung einer sich aus den AGB des Kartenvertrags ergebenden Sorgfaltspflicht seitens des berechtigten Karteninhabers ermöglicht worden.⁴⁰⁴ Als Kernargument für die Annahme der zweiten Anscheinsvermutung wird regelmäßig vorgebracht, die Sicherheit des Zahlungssystems schließe die Fälschung und Manipulation der Karte sowie die Entschlüsselbarkeit der PIN aus,⁴⁰⁵ sodass eine Verwendung der Karte unter Eingabe der korrekten PIN durch einen unberechtigten Dritten nach allgemeiner Lebenserfahrung allein auf dessen sorgloses Handeln und Verletzung einer vertraglichen Sorgfaltspflicht zurückzuführen sei.

Ein nicht unbedeutender Teil der Literatur sowie der Instanzgerichte lehnt die Anwendung des Anscheinsbeweises bei kartengestützten Zahlungen ab.⁴⁰⁶ Aus den Reihen der Kritiker wird darauf hingewiesen, die Verwendung der PIN könne durchaus auf Geschehensabläufen beruhen, welchen keine Sorgfaltspflichtverletzung des Karteninhabers zugrunde liegt. Insbesondere bestehe die durchaus nahe liegende Möglichkeit der Ausspähung der PIN an Geldautomaten oder POS-Kassen. Dadurch könne nicht mit hinreichender Wahrscheinlichkeit von einer Sorgfaltspflichtverletzung ausgegangen werden, sodass für einen Anscheinsbeweis kein Raum sei.⁴⁰⁷

Mit Urteil vom 5. Oktober 2004⁴⁰⁸ hat sich der XI. Senat des BGH nach langer Kontroverse für die Anwendung der Grundsätze über den Anscheinsbeweis im Rahmen des Schadensersatzanspruchs entschieden. Der dem Urteil zugrunde liegende Sachverhalt betrifft zwar die drittmisbräuchliche Kartenverwendung am Geldautomaten, sein Tenor ist jedoch auf Zahlungen im *electronic-cash*-Verfahren übertragbar. In der Urteilsbegründung führt der Senat aus, der Anschein spreche dafür, dass „der Karteninhaber die PIN auf der ec-Karte notiert oder gemeinsam mit dieser verwahrt hat, wenn andere Ursachen für den Missbrauch nach der Lebenserfahrung außer Betracht bleiben.“⁴⁰⁹

In dem Urteil setzt sich der Senat mit der Möglichkeit des Ausspähens durch Dritte auseinander und kommt zu dem Ergebnis, ein Ausspähens der PIN komme zwar im Einzelfall in Betracht, ginge einem ec-Kartendiebstahl jedoch nicht typischerweise voraus und mache deshalb die Regeln über den Anscheinsbeweis auch nicht unanwendbar. Nach Ansicht des Senats kommt hingegen eine Erschütterung des Anscheins grundsätzlich durch substantiierten Vortrag der konkreten Möglichkeit eines

⁴⁰² Metz, Handbuch zum deutschen und europäischen Bankrecht, § 42 Rn.16.

⁴⁰³ Recknagel, Internet-Banking, S.147.

⁴⁰⁴ Schimansky/Bunte/Lwowski-Gößmann, Bankrechts-Handbuch, § 54 Rn.13; Langenbucher/Gößmann/Werner-Koch/Vogel, Zahlungsverkehr, § 5 Rn.23; Kümpel, Bank- und Kapitalmarktrecht, Rn.4.951; Einsele, Bank- und Kapitalmarktrecht, § 6 Rn.190;

⁴⁰⁵ Langenbucher/Gößmann/Werner-Koch/Vogel, Zahlungsverkehr, § 5 Rn.24; Aepfelbach/Cimiotti, WM 1998, 1218, 1222; vgl. in der Rspr. insbes. OLG Frankfurt (WM 2002, 2101 ff.), dessen Entscheidung zwei Gutachten von Sachverständigen des Bundesamtes für Sicherheit in der Informationstechnik zugrunde liegen, sowie AG Bremen (WM 2000, 1639 f.), das sich auf ein Gutachten zur Sicherung des ec-Systems vom Leiter der Forschungsgruppe Kryptologie am Fachbereich Mathematik der Universität Bremen stützt; Gößmann, WuB I D 5 b. – 1.05; a.A. z.B. Derleder/Knops/Bamberger-Metz, Handbuch zum deutschen und europäischen Zahlungsverkehr, § 42 Rn.5 f.

⁴⁰⁶ Z.B. Rossa, CR 1997, 138, 145; OLG Frankfurt a.M. WM 2002, 1055; OLG Hamm 1997, 1203, 1206; LG Frankfurt a.M. WM 1996, 953 f.; LG Berlin WM 1996, 1920; LG Osnabrück WM 2003, 1951, 1954; AG Darmstadt 1990, 543, 544; AG Frankfurt a.M. 1999, 1922, 1924.

⁴⁰⁷ M.w.N. Derleder/Knops/Bamberger-Metz, Handbuch zum deutschen und europäischen Zahlungsverkehr, § 48 Rn.13 ff.; Schwintowski/Schäfer-Schwintowski, Bankrecht, § 12 Rn.18.

⁴⁰⁸ Abgedr. in NJW 2004, 3623 ff. = WM 2004, 2309 ff. = MDR 2005, 159 f. = WuB 2005 I D 5 b. – 1.05 mit Anmerkung Gößmann = VuR 2005, 71 ff. mit Anmerkung Hoppe.

⁴⁰⁹ BGH NJW 2004, 3623.

Ausspähens der PIN in Betracht. Dies allerdings nur dann, wenn die Zahlungskarte in einem näheren zeitlichen Zusammenhang zum Diebstahl unter Eingabe der PIN verwendet worden ist.⁴¹⁰

2.) Eigener Standpunkt

Auf Grundlage der voranstehenden Erwägungen sind beide Anscheinsvermutungen der verbreiteten „zweigestuften“ Anwendung des Anscheinsbeweises nachfolgend auf ihre Wahrscheinlichkeit zu prüfen.

a.) Anschein für eine zurechenbare Weisung

Im Rahmen des Aufwendungsersatzanspruchs gemäß §§ 670, 675 BGB müsste den Computerprotokollen *mit sehr hoher Wahrscheinlichkeit* eine dem berechtigten Karteninhaber zurechenbare Weisung mit der Original-ec-Karte zugrunde liegen. Ohne größere Bedenken lässt sich dem zustimmen: Die kartengestützte Zahlung an automatisierten Kassen im Wege des *electronic-cash*-Verfahrens ist eine Hauptfunktion der ec-Karte. Jede der pro Jahr fast 900 Millionen *electronic-cash*-Transaktionen⁴¹¹ wird auf Grundlage der mittels POS-Terminal eingelesenen Daten durchgeführt, die zwecks Autorisierung an die Bank weitergeleitet und anschließend im POS-Terminal gespeichert werden.⁴¹² Die Etablierung des Systems offenbart, dass die Transaktionen ganz überwiegend fehlerfrei und ohne technische Irregularitäten bei der Aufzeichnung der Kartendaten erfolgen. Im Raume stehen zwar etwa die drittmisbräuchliche Verwendung der Karte, die Benutzung einer falschen Karte (Dublette),⁴¹³ technische Systemfehler im *electronic-cash*-Verfahren⁴¹⁴ oder etwa die unredliche Erstellung der Protokolle zwecks Prozessbetrugs durch den Kartenemittenten selbst. In Hinblick auf das gewaltige Quantum defektfreier POS-Zahlungsvorgänge kann jeder dieser abweichenden Möglichkeiten jedoch nur eine Bruchteilgröße gegenüber einem regulären Zahlungsvorgang des Berechtigten unter Verwendung der Originalgröße zugeschrieben werden, der insofern regelmäßig mit sehr hoher Wahrscheinlichkeit Grundlage für die elektronischen Aufzeichnung ist. Zunächst entspringt den Computerprotokollen insofern eine Anscheinsvermutung für eine Weisung des berechtigten Karteninhabers.

b.) Anscheinsbeweis beim Schadensersatzanspruch aus §§ 280, 676f BGB.

Zur Behebung der Beweisnöte der Bank hinsichtlich des Schadensersatzanspruchs gemäß §§ 280, 676f BGB müsste eine Anscheinsvermutung dafür sprechen, dass der berechtigte Inhaber die Verwendung der Original-ec-Karte durch Verletzung einer Sorgfaltspflicht ermöglichte. Trägt der berechtigte Karteninhaber vor, er sei der Karte durch Diebstahl oder anderweitig verlustig geworden, besteht an der drittseitigen Verwendung der Originalkarte in der Regel kein ernstzunehmender Zweifel. Im Raume steht eine Anscheinsvermutung für den Verstoß des Karteninhabers gegen seine Pflicht aus Abschnitt III Art.6.3 der ec-/maestro- bzw. SparCard-Bedingungen zur Geheimhaltung

⁴¹⁰ BGH NJW 2004, 3623, 3625.

⁴¹¹ Vgl. Statistik des Deutschen Bankenverbands, zuletzt abgerufen am 18.03.2009 über www.bankenverband.de.

⁴¹² Staudinger/*Martinek*, § 676h, Rn.85 a.E.

⁴¹³ Da in automatisierten Kassen – anders als in Geldautomaten – keine MM-Box zur Überprüfung der Echtheit der Karte anhand des MM-Merkmals installiert ist, ist die Verwendung einer Dublette an POS-Kassen nicht generell ausgeschlossen (vgl. zum MM-Merkmal oben in Kap.2 A. I. 3. a. 1.) a.) (2.)); die Möglichkeit der Fälschung einer ec-Karte wird explizit von einem Sachverständigen des Bundesamtes für Sicherheit in der Informationstechnik genannt, vgl. Interview „Die neuen PIN-Nummern der ec-Karten“ in NJW-CoR 1998, 223, 224 a.E.; vgl. ferner Presseberichte zu tatsächlich vorgekommenen Fälschungsfällen von ec-Karten (*Hoppe*, VuR 2005, 71, 76); so auch *Metz* in *Derleder/Knops/Bamberger*, Handbuch zum deutschen und europäischen Zahlungsverkehr, § 42 Rn.4.

⁴¹⁴ Vgl. z.B. Ausführungen zu Systemfehlern von *Derleder/Knops/Bamberger-Metz*, Handbuch zum deutschen und europäischen Bankrecht, § 48 Rn.7.

der PIN. Zu prüfen ist deshalb, ob der drittseitigen Verwendung unter Eingabe der korrekten PIN tatsächlich typischerweise diese Sorgfaltspflichtverletzung zugrunde liegt. Gegenüberzustellen sind insofern die prominentesten möglichen Geschehensabläufe mit und ohne Sorgfaltspflichtverletzung des berechtigten Karteninhabers:

(1.) Mögliche Sorgfaltspflichtverletzungen des Karteninhabers

In Betracht kommt zunächst der Verstoß des Karteninhabers gegen die emissionsvertragliche Pflichten zum sorgsamem Umgang mit der PIN und dem Schutz vor Kenntnisnahme Dritter von der PIN.⁴¹⁵ Der berechnigte Karteninhaber könnte einen Freund, ein Familienmitglied oder eine fremde Person über die PIN in Kenntnis gesetzt haben; er könnte die PIN eigens „verschlüsselt“, z.B. ungeschickt als vierstellige Telefonnummer getarnt, oder in ihrer herkömmlichen Zahlenkombination mit der Karte verwahrt⁴¹⁶ oder sogar auf der Karte selbst notiert haben; ferner ist möglich, dass der Karteninhaber die PIN an anderer Stelle entgegen den Bedingungen aus dem Kartenemissionsvertrag entweder sicher oder weniger sicher zu Hause, am Arbeitsplatz oder bei einer Dritten Person aufbewahrt und so dem Missbrauchstäter zugänglich gemacht hat; auch könnte er bei vorhergegangener Zahlung am POS-Terminal oder bei einer Bargeldabhebung am Geldautomaten dem Missbrauchstäter durch offenkundige und vor Fremdeinblick mehr oder weniger ungeschützte Eingabe der PIN die Kenntnisnahme ermöglicht haben. Es sind zahlreiche weitere Geschehensabläufe samt Abwandlungen denkbar, durch die der Karteninhaber sorgfaltswidrig den Drittmissbrauch der Karte ermöglicht haben könnte.

(2.) Mögliche Geschehensabläufe ohne Sorgfaltspflichtverletzung

Auf der anderen Seite kommt in Betracht, dass der Missbrauchstäter die PIN durch Ausprobieren zufällig richtig erraten hat. Die Chance des Erratens einer ec-Karten-PIN beträgt bei drei möglichen Versuchen etwa 1:3333.⁴¹⁷ Bekannt geworden sind ferner Fälle, in denen durch „Innentäterattacken“ von Mitarbeitern der kartenemittierenden Kreditinstitute „Phantom-Abbuchungen“ verursacht wurden. Zuerst forderten die Mitarbeiter ohne Kundenauftrag neue Zahlungskarten bzw. PIN mit der Begründung an, die Karte des Kunden sei unbrauchbar geworden oder er habe seine PIN vergessen. Dadurch konnten sie anschließend ohne Kenntnis des Kunden dessen Konto belasten.⁴¹⁸ Denkbar ist ferner die Manipulation eines POS-Terminals, bei dem der berechnigte Karteninhaber vor der Missbrauchstat eine kartengestützte Zahlung durchgeführt hat. Durch geschickte Anzapfung der automatisierten Kasse kann die PIN nach Einlesen der Karte bei dem Zahlungsvorgang von einer Person mit entsprechenden Fachkenntnissen auf einem externen Computer gespeichert werden.⁴¹⁹ Bemächtigt sich der Täter anschließend der Karte, kann er sie unter Eingabe der korrekten PIN ohne weiteres verwenden.

⁴¹⁵ Abschnitt II Nr.6.2 ec-Bedingungen/ Abschnitt II Nr.6.2 SparCard-Bedingungen.

⁴¹⁶ Hoppe, ZBB 1999, 88.

⁴¹⁷ Ursprünglich wurde kritisiert, einige der Ziffern von 0 bis 9 kämen bei PIN von ec-Karten häufiger vor als andere (Pausch, CR 1997, 174, 179); dies habe dazu geführt, dass ein zufälliges Erraten der vier richtigen Ziffern wahrscheinlicher war als die 10.000 theoretisch möglichen Ziffernkombinationen vermuten ließen. Bereits seit Herbst 1997 begann die überwiegende Zahl der Kreditinstitute jedoch mit der Ausgabe einer neuen ec-Karten-Generation, die dieser Kritik aufgrund eines neuen Berechnungssystems für PIN standhält (m.w.N. Aepfelbach/Cimiotti, WM 1998, 1218 ff).

⁴¹⁸ Pausch, CR 1997, 174, 175.

⁴¹⁹ Pausch, CR 1997, 174, 177.

Zudem können immer dort, wo Technik eingesetzt wird, auch technische Fehlfunktionen auftreten. Es ist deshalb durchaus vorstellbar, dass durch Fehlfunktionen im *electronic-cash*-System Sicherheitslücken einen Missbrauch ermöglichen.⁴²⁰

In Literatur und Rechtsprechung besonders kontrovers diskutiert wird die Möglichkeit der Errechnung der ec-Karten-PIN.⁴²¹ Ohne auf komplizierte technische Details einzugehen, soll an dieser Stelle auf entsprechende Fachgutachten verwiesen werden.⁴²² Zumindest nach derzeitigem Kenntnisstand lassen sich PIN ihnen zufolge wohl nicht entschlüsseln.⁴²³ Wegen des kontinuierlichen technischen Fortschritts ist die Frage nach der Entschlüsselbarkeit jedoch in regelmäßigen Zeitabständen unter Zuhilfenahme qualifizierter Gutachter erneut zu klären.

Größere praktische Relevanz dürfte dem Ausspähen der PIN am Geldautomaten oder POS-Terminal zuzuschreiben sein.⁴²⁴ Im Laufe der vergangenen Jahre hat das Spektrum an Ausspähvarianten einen bemerkenswerten Umfang angenommen und reicht vom herkömmlichen visuellen Ausspähen durch natürliche Personen über elektronisches Ausspähen mittels am Geldautomaten installierter Minikameras bis hin zur Auftragung von Kontrastmitteln auf der Tastatur eines Geldautomaten oder Überweisungsterminals zur Offenlegung der Fingerabdrücke des Verwenders nach Durchführung einer Auszahlungs- oder Überweisungstransaktion.⁴²⁵

(3.) Eigene Stellungnahme

Da die Entschlüsselung der PIN nach derzeitigem Stand der Technik zweifelhaft bleibt und das Erraten der PIN und die Verwendung komplizierter technischer Methoden zur Auslesung der PIN nur in Ausnahmefällen ursächlich für einen erfolgreichen Kartenmissbrauch sein werden, entfalten diese Möglichkeiten im Rahmen der Wahrscheinlichkeitsberechnung keine große Relevanz. Auch Innentäterattacken werden in der Praxis Einzelfälle sein. Anders das Ausspähen der PIN: Kriminalstatistiken und zahlreiche Berichte in lokaler und überregionaler Presse bestätigen seine Verbreitung,⁴²⁶ die aufgrund des verhältnismäßig geringen Kostenaufwands⁴²⁷ eine attraktive Variante für Missbrauchstäter ist. Das Ausspähen hat sich deshalb zur wohl häufigsten Methode der auf Täterseite initiierten Verschaffung der für den Missbrauch erforderlichen PIN entwickelt.⁴²⁸ Dennoch erscheint eine Pflichtverletzung des Karteninhabers im Umgang mit der PIN vor folgendem Hintergrund als wesentlich wahrscheinlicher:

Der moderne Durchschnittsbürger wird immer häufiger mit unterschiedlichen Zahlencodes und Kennwörtern für die Bewältigung des Alltags betraut:⁴²⁹ Eine PIN pro Kredit- und ec-Karte, ein Code für Heimcomputer und Computer am Arbeitsplatz, eine weitere PIN für *Internet-Banking* und

⁴²⁰ I.R.d Bargeldabhebung am Geldautomaten wurde ein Fall bekannt, in dem sich über einen längeren Zeitraum unter Eingabe einer beliebigen PIN Geld abheben ließ, vgl. *Pausch*, CR 1997, 174, 177; *Derleder/Knops/Bamberger-Metz*, Handbuch zum deutschen und europäischen Bankrecht, § 48 Rn.7; auszuschließen wäre ein entsprechender technischer Defekt auch im POS-System nicht.

⁴²¹ Vgl. etwa AG Bremen WM 2000, 1639 ff.; AG Frankfurt a.M. WM 2002, 2101 ff.; *Hoppe*, ZBB 1999, 88, 91; *Aepfelbach/Cimiotti*, WM 1998, 1218, 1220.

⁴²² Vgl. *Aepfelbach/Cimiotti*, WM 1998, 1218, 1220; Stellungnahme *Schindler*, Bundesamt für Sicherheit in der Informationstechnik (BSI) in: NJW-CoR 1998, S.223 ff.

⁴²³ M.w.N. *Hofmann*, WM 2005, 441, 447.

⁴²⁴ Vgl. etwa *Eggers/Goerth*, JuS 2005, 492, 494; *Aepfelbach/Cimiotti*, WM 1998, 1218, 1221 f.; insb. auch BGH im Urteil v. 5. Oktober 2004, WM 2004, 2309 ff.

⁴²⁵ Vgl. ausführliche Darstellung der unterschiedlichen Ausspähmöglichkeiten bei *Hoppe*, VuR 2005, 71, 76; siehe auch oben in Kap.2 A. II. 1.d. 1.) a.).

⁴²⁶ Vgl. *Hoppe*, VuR 2005, 71, 76; siehe auch oben in Kap.2 A. II. 1.d. 1.) a.).

⁴²⁷ Selbst die Installation von Minikameras ist kostengünstig und verhältnismäßig einfach, vgl. *Hoppe*, VuR 2005, 71, 76; *Pausch*, CR 1997, 174, 179.

⁴²⁸ *Pausch*, CR 1997, 174, 178.

⁴²⁹ *Derleder/Knops/Bamberger-Metz*, Handbuch zum deutschen und europäischen Bankrecht, § 48 Rn.7.

jeweils eine für das private und berufliche Mobiltelefon, im Eingangsbereich von Heim oder Büro etc. Zudem ändern sich die PIN für Kredit- und ec-Karte häufig bei Zusendung einer neuen Karte, also bei Verlust oder Diebstahl der alten Karte und bei ihrem Ablauf, während geraten wird, selbst bestimmbare Kennwörter und Zahlenkombinationen turnusmäßig zu ändern, um die Gefahr eines Missbrauchs bestmöglich durch eigene Vorsorge auszuschließen. Die Vielzahl verschiedener Codes und Kennwörter überfordert viele Menschen. Dessen ungeachtet ist die unvermittelte Abrufung zahlreicher Kennungen für die Bewältigung des Alltags unbedingt erforderlich. Gerade die Verwendung von Zahlungskarten als Massenzahlungsmittel und Bargeldersatz ist für alltägliche Geschäfte unabdingbar geworden. Es ist daher nahe liegend, dass gerade – aber nicht nur – viele alte Menschen dazu neigen, sich die Zahlenkombinationen als Erinnerungsstütze zwecks schnellen Zugriffs bereitzuhalten. Auf welche Weise dies überwiegend geschieht, ob durch Preisgabe an Dritte oder „codierte“ Notiz im Handkalender oder in der Geldbörse oder gar unverschlüsselt auf der Karte selbst, lässt sich weder mit Gewissheit feststellen, noch verlässlich vermuten.

Auch wenn in der Vergangenheit zahlreiche unterschiedliche Ausformungen des Ausspähens von PIN bekannt geworden sind, hat sich diese Praktik demgegenüber – wie im Urteil vom 5. Oktober 2004 vom BGH zutreffend erkannt – nicht zu einem gewöhnlichen Alltagsgeschehen entwickelt. Zudem kann Ausspähens der PIN regelmäßig nur dann missbrauchsursächlich sein, wenn der Täter dem Karteninhaber die Karte nach dem Ausspähvorgang an einem Geldautomaten oder an einer POS-Kasse aktiv entwendet. Der unsorgfältige Umgang mit der PIN kann demgegenüber in einer Vielzahl unterschiedlicher Sachverhaltskonstellationen ursächlich für einen anschließenden Missbrauch sein: nach Unterschlagung eines gefundenen Portemonnaies oder der Karte, bei unsorgfältiger Aufbewahrung der PIN und späterem gezielten Kartendiebstahl, nach Entwendung des Portemonnaies und anschließendem „zufälligen Auffinden“ der als Telefonnummer „verschlüsselten“ PIN etc. Sowohl der Verlust als auch der „einfache“ Taschendiebstahl des Portemonnaies sind Alltagserscheinungen. Wie oben bereits geschildert, hat es große Verbreitung unter Zahlungsdienstnutzern gefunden, die PIN verschlüsselt oder unverschlüsselt in Portemonnaie, Tagebuch, Kalender oder auf der Karte selbst als Erinnerungsstütze zu vermerken. Dem unredlichen Finder oder Dieb wird dadurch stets die Möglichkeit eröffnet, bei Verwendung der Karte am Geldautomaten oder einer automatisierten Kasse „sein Glück“ durch Eingabe der vorgefundenen Nummer zu versuchen. Nicht selten wird er dabei Erfolg haben. Die theoretische Bandbreite möglicher Missbrauchskonstellationen auf Grundlage sorgfaltswidriger Notiz der PIN durch den Karteninhaber ist folglich wesentlich größer als diejenige möglicher Tathergänge, die auf einem täterseitigen Ausspähens der PIN beruhen.

Zudem ist es zwar zutreffend, dass nicht selten ein Ausspähens der PIN Grund für den anschließenden Missbrauch der Karte ist. Doch schließt dies keinesfalls Sorgfaltswidrigkeit des berechtigten Karteninhabers aus.⁴³⁰ Immer wieder lässt sich in Alltagssituationen beobachten, dass Personen bei der Eingabe der PIN an automatisierten Kassen, Kundenterminals von Banken oder an Bankautomaten keine Vorkehrungen treffen, um das Eingabefeld vor Einsicht durch Dritte zu schützen, obwohl sich drittseitiges Ausspähens in vielen Fällen bereits durch einfache Schutzmaßnahmen des Karteninhabers ausschließen ließe. Späht ein Dritter bei derartigem Vorgehen die Geheimzahl aus und entwendet anschließend die Zahlungskarte, beruht der Missbrauch trotz Ausspähens auf

⁴³⁰ Ähnlich geht *Grundmann* (Bankrechtstag 1998, S.62) sogar davon aus, dass ein Ausspähens in Kombination mit anschließendem Diebstahl der Karte nach der Lebenserfahrung Fahrlässigkeit des Karteninhabers voraussetzt. Zutreffend bzgl. des herkömmlichen visuellen Ausspähens durch natürliche Personen hat diese Aussage in Hinblick auf die Entwicklung moderner technischer und schwer erkennbarer Ausspähungsinstrumente heutzutage wohl keine Allgemeingültigkeit mehr.

pflichtwidrigem Verhalten des Karteninhabers.⁴³¹ Denn vom Karteninhaber ist durchaus zu erwarten, zumindest Körper und Hände während der Eingabe der PIN als Sichtschutz gegen Einsicht durch Dritte einzusetzen. Andererseits ist zu berücksichtigen, dass die Zifferneingabefelder an automatisierten Kassen in der Praxis häufig mit keinerlei Abschirmeinrichtungen und Schutzvorkehrungen gegen Sichteinnahme Dritter ausgestattet sind. In diesen Fällen trifft den Karteninhaber oft keine oder allenfalls leichte Fahrlässigkeit.⁴³²

Nach alldem wird deutlich, dass für den erfolgreichen Missbrauch einer ec-Karte im *electronic-cash*-Verfahren eine Sorgfaltspflichtverletzung des Karteninhabers im Umgang mit der PIN wesentlich wahrscheinlicher ist als ein Tathergang ohne pflichtwidriges Verhalten. Deshalb spricht eine Anscheinsvermutung für den Verstoß des Karteninhabers gegen seine Pflicht aus Abschnitt III Art.6.3 der ec-/maestro- bzw. SparCard-Bedingungen zur Geheimhaltung der PIN. In jedem Fall bleiben allerdings sämtliche Umstände des Einzelfalls zu berücksichtigen,⁴³³ welche die Ausgangsbedingungen verändern und hierdurch die für die Anscheinsvermutung erforderliche Typizität der Sorgfaltspflichtverletzung entfallen lassen können.⁴³⁴

(4.) Kritik an der Lösung des BGH

Die Lösung des BGH in seinem Urteil vom 5. Oktober 2004 verdient entschieden Kritik. Zwei konkrete Sorgfaltspflichtverletzungen des Karteninhabers hat der XI. Zivilsenat in diesem Urteil als für einen Missbrauch mit *sehr hoher Wahrscheinlichkeit* ursächlich bewertet: einerseits die Notiz der PIN auf der Karte selbst, andererseits die gemeinsame Verwahrung von PIN und Karte.⁴³⁵ Weshalb aus dem umfassenden Repertoire unterschiedlicher Möglichkeiten von Sorgfaltspflichtverletzungen im Umgang mit der PIN gerade diese dem Missbrauchssachverhalt zugrunde liegen sollen, geht aus der Urteilsbegründung nicht hervor. Verwunderlich ist das Ausbleiben der Begründung nicht, da es eine Grundlage für die Heraushebung der zwei genannten Varianten aus dem Blickwinkel der allgemeinen Lebenserfahrung schlichtweg nicht gibt. In Hinblick auf die AGB-Banken, die gerade die vom BGH vermuteten Pflichten als „grob fahrlässig“ qualifizieren und dem Kunden auf diesem Weg den vollen Missbrauchsschaden zuweisen, drängt sich der Verdacht auf, dass der Senat beim Urteilsspruch die AGB-Banken im Blickfeld gehabt hat. Er scheint dabei zu verkennen, dass der Anscheinsbeweis kein prozessuales Instrument zur Entlastung einer beweisbelasteten Prozesspartei in Beweisnöten ist. Im Einklang mit den allgemeinen Grundsätzen des Anscheinsbeweises kann allenfalls die *generelle* Vermutung dafür sprechen, dass der berechtigte Karteninhaber seine emissionsvertraglichen Pflicht aus Abschnitt III Art.6.3 der ec-/maestro- bzw. SparCard-Bedingungen verletzt hat und einem (unberechtigten) Dritten vertragswidrig Kenntnis von der PIN verschafft hat.

(5.) Verschulden

Schließlich könnte eine weitere Anscheinsvermutung für Verschulden des Karteninhabers sprechen. Während allerdings der Maßstab bei einfacher Fahrlässigkeit ein ausschließlich objektiver ist, sind bei grober Fahrlässigkeit auch subjektive, in der Individualität des Handelnden begründete Umstän-

⁴³¹ So z.B. indem der Karteninhaber das Tastenfeld nicht mit der Hand gegen die Einsichtnahme des anwesenden, drogensüchtigen Bruders absichert (LG Halle WM 2001, 1298) oder der Karteninhaber einem Kameraden der Bundeswehr die Kenntnisnahme der PIN bei ihrer Eingabe ermöglicht (BVerwG NVwZ-RR 2000, 445).

⁴³² So zutreffend AG Dortmund, VuR 2003, 312, 314.

⁴³³ BGH NJW 2001, 1140.

⁴³⁴ Saenger/Saenger, § 286 Rn.45.

⁴³⁵ BGH NJW 2004, 3623.

de zu berücksichtigen,⁴³⁶ die nur für den Einzelfall bestimmbar sind. Zumindest diese subjektiven Elemente kann eine Anscheinsvermutung nicht erfassen, sodass sich grobes Verschulden generell dem Anscheinsbeweis verschließt.⁴³⁷

Aber auch in objektiver Hinsicht liegt bei der vermuteten Pflichtverletzung des Karteninhabers nicht typischerweise *grobe* Fahrlässigkeit vor, die schließlich einen erhöhten Grad der Außerachtlassung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt voraussetzt.⁴³⁸ In vielen Fällen lässt sich Missbrauch hingegen zurückführen auf einfache Sorgfaltswidrigkeit des Karteninhabers. Exemplarisch genannt sei die verbreitete Notierung der als Telefonnummer „getarnten“ PIN im Taschenkalender des Karteninhabers.⁴³⁹

Während der Anscheinsbeweis für grobes Verschulden nach alldem kategorisch ausscheidet, ist eine Anscheinsvermutung für einfaches Verschulden im Rahmen der vertraglichen Haftung nach § 280 I BGB zwar denkbar, jedoch sinnwidrig: Grundsätzlich sieht § 280 I 2 BGB vor, dass nicht der Geschädigte das Verschulden des Schädigers zu beweisen hat, sondern der Schädiger zu seiner Exkulpation einen Entlastungsbeweis über die Anwendung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt zu erbringen hat.⁴⁴⁰ Grund hierfür ist die Erwägung, dass der Schuldner im Allgemeinen eher als der Gläubiger in der Lage ist, die Ursachen der Pflichtverletzung aufzuklären.⁴⁴¹ Die Annahme einer Anscheinsvermutung wäre deshalb unter normativen Gesichtspunkten verfehlt: Sie würde die Beweislast des Geschädigten ohne legitimen Grund verschlechtern, ohne an seinem Aufklärungsbedürfnis und der Aufklärungsüberlegenheit des Schädigers etwas zu ändern. Statt eines vollen Gegenbeweises müsste der Schädiger lediglich eine substantiierte Behauptung über die Anwendung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt erbringen. Die Anwendung der Grundsätze über den Anscheinsbeweis scheidet somit aus.

An den Entlastungsbeweis des Karteninhabers sind ohnehin keine besonders hohen Anforderungen zu stellen.⁴⁴² Dies muss erst recht im Rahmen der materiell-rechtlichen Haftungsprivilegierung zugunsten des Karteninhabers aus den ec- und SparCard-Bedingungen gelten. Zwar bleibt die Beweislast zur Entlastung unverändert beim Karteninhaber. Haftet der Karteninhaber gemäß den Geschäftsbedingungen der Bank lediglich für grobe Fahrlässigkeit, verändert sich das Beweismaß allerdings dergestalt, dass der Karteninhaber zu seiner Exkulpation nur Beweis über das Nichtvorliegen grober Fahrlässigkeit zu führen hat.⁴⁴³

Neben der Erschütterung der Anscheinsvermutung⁴⁴⁴ über die Sorgfaltspflichtverletzung verbleibt dem Karteninhaber somit noch eine weitere praktikable Möglichkeit der (teilweisen) Schadloshaltung.⁴⁴⁵ Wie oben dargelegt sind zahlreiche Konstellationen denkbar, in denen der Karteninhaber beim Verstoß gegen seine Pflicht aus Abschnitt II Art.6.3 der Kartenbedingungen lediglich leicht

⁴³⁶ Palandt/Heinrichs, § 277 Rn.5; MüKo-Grundmann, § 277 Rn.3; Staudinger-Löwisch, § 276 Rn.95 ff; ständige Rspr. des BGH, z.B. BGH 10, 17; 119, 149; a.A. König, der das Erfordernis eines subjektiven Elements für die grobe Fahrlässigkeit ablehnt, in: Die grobe Fahrlässigkeit, S.200.

⁴³⁷ BGH VersR 1968, 668; 1969, 77; 1972, 171; LM § 277 BGB Nr.3; LM § 640 RVO Nr.4; WM 1983, 1009, 1011.

⁴³⁸ Staudinger/Löwisch, § 276 Rn.93.

⁴³⁹ Strube geht vor dem Hintergrund der Inflation der von Kennnummern und -wörtern davon aus, dass es dem Karteninhaber sogar erlaubt sei, die Karten-PIN verschlüsselt z.B. im Telefonverzeichnis zu vermerken (WM 1998, 1210, 1211).

⁴⁴⁰ Staudinger/Otto, § 280 Rn.F10.

⁴⁴¹ Looschelders, Schuldrecht Allgemeiner Teil, Rn.558.

⁴⁴² MüKo/Ernst, § 280 Rn.34; BGH 116, 337.

⁴⁴³ Jauernig/Stadler, § 280 Rn.25 aE.

⁴⁴⁴ Siehe zur Erschütterung der Anscheinsvermutung unten in Kap.2 A. IV. 4. d.

⁴⁴⁵ Anders Timme, der in der Erschütterung des Anscheinsbeweises die einzige prozessuale Chance zur Schadloshaltung sieht (in: MDR 2005, 304, 305).

oder einfach fahrlässig handelte.⁴⁴⁶ Während der Karteninhaber gemäß der SparCard-Bedingungen durch Beweisführung über das Nichtvorliegen grober Fahrlässigkeit vollständig von der Haftung befreit wird,⁴⁴⁷ kann er sich nach den ec-/maestro-Bedingungen durch Beweisführung über leichte Fahrlässigkeit zu mindestens 90 %, über einfache Fahrlässigkeit entsprechend der Grundsätze des Mitverschuldens und über Schuldlosigkeit gänzlich schadlos halten.⁴⁴⁸

3.) Zusammenfassung zum Anscheinsbeweis einer Sorgfaltspflichtverletzung im *electronic-cash*-Verfahren

Richtigerweise geht die h.M. bei Drittmissbrauch im *electronic-cash*-Verfahren von einer zweistufigen Anwendung des Anscheinsbeweises aus. Erschüttert der beweisbelastete Karteninhaber die Anscheinsvermutung der ihm zurechenbaren Weisung, greift die zweite Anscheinsvermutung für die Verletzung einer vertraglichen Sorgfaltspflicht. Inhalt dieser Vermutung ist jedoch – anders als nach Auffassung des BGH – die Verletzung der Pflicht zur Geheimhaltung der PIN nach Abschnitt II Art.6.2. der Kartenbedingungen und nicht konkret die Notierung der PIN auf der Karte oder die gemeinsame Verwahrung von Karte und PIN. Der Karteninhaber kann entweder diese Anscheinsvermutung entkräften oder den Entlastungsbeweis über Nichtvorliegen *grober* Fahrlässigkeit führen, um sich (teilweise) schadlos zu halten.

c. Ein Anscheinsbeweis im Überweisungsverkehr?

Im Überweisungsverkehr kommt die Anwendung der Grundsätze des Anscheinsbeweises im beleglosen Verfahren sowie beim *Internet*- und Telefon-Banking in Betracht.

Die Beweislage bei Missbrauch im beleglosen Überweisungsverfahren am Kundenterminal der Bank entspricht im Wesentlichen derjenigen bei Zahlungen im *electronic-cash*-Verfahren: Mangels anderweitiger Beweismittel bringt die Bank im Prozess die Protokolle des Terminals über die Überweisungstransaktion vor, ohne dass sich die Identität des Überweisenden hieraus eindeutig ermitteln lässt. Wegen des nahezu identischen Verfahrensablaufs und der vergleichbaren Missbrauchsgefahren kann auf die Ausführungen zur Zahlung im *electronic-cash*-Verfahren verwiesen werden.⁴⁴⁹

Auch im *Internet-Banking* gilt ein zweistufiger Anscheinsbeweis: Jährlich werden etwa 1,8 Milliarden Überweisungen in Deutschland mit einem Transaktionswert von nahezu 1,7 Billionen Euro auf dem Wege des *Online-Banking* vorgenommen.⁴⁵⁰ Die Etablierung des *Electronic-Banking* trotz anfänglicher Skepsis bei den Bankkunden zeigt, dass eine ganz überwiegende Anzahl der Überweisungen frei von Störungen abläuft. Der störungsfreie Ablauf umfasst die Aufzeichnung der Überweisungsdaten im Rechnersystem der überweisenden Bank nach Auslösung der Überweisungstransaktion durch einen Berechtigten. Es ist insofern davon auszugehen, dass diese Dokumentation des Überweisungsvorgangs mit sehr großer Wahrscheinlichkeit auf eine Weisung des Berechtigten zurückzuführen ist. Hierfür spricht auch die grundsätzliche Sicherheit der verschiedenen Verfahren: In jedem Fall sind zur Durchführung des *Electronic-Banking* Legitimationsmittel erforderlich, auf die in der Regel allein ihr Inhaber zugreifen kann. Ein technischer Defekt oder Missbrauch der Legitimationsmedien durch einen Unberechtigten wird gegenüber dem hohen Aufkommen an stö-

⁴⁴⁶ Vgl. oben in Kap.2 A. IV. 4. b. 2.) c.) (2.) (a.).

⁴⁴⁷ Abschnitt III Art.1.4.

⁴⁴⁸ Abschnitt III Art.1.4.

⁴⁴⁹ Siehe voriger Gliederungsabschnitt.

⁴⁵⁰ Vgl. Statistik der Deutschen Bundesbank, Stand Januar 2008, zuletzt abgerufen am XXX unter: http://www.bundesbank.de/download/zahlungsverkehr/zv_statistik.pdf.

rungsfreien Überweisungen selten Ursache für die Aufzeichnung der Überweisungsdaten sein. Insofern spricht trotz Unanwendbarkeit des § 371a ZPO zunächst der erste Anschein für die Echtheit der Aufzeichnungen der Bank und somit für das Vorliegen einer zurechenbaren Weisung durch den berechtigten Inhaber der Legitimationsmittel.

Wird der Anschein der zurechenbaren Weisung seitens des vermeintlich Überweisenden erschüttert und macht die Bank hilfsweise einen Schadensersatzanspruch geltend, stellt sich die Frage nach dem Anscheinsbeweis für eine Pflichtverletzung des berechtigten Inhabers der Legitimationsmedien.⁴⁵¹ Nur wenn tatsächlich eine Pflichtverletzung des Inhabers der Legitimationsmedien mit sehr hoher Wahrscheinlichkeit ursächlich für die Aufzeichnung der Überweisungstransaktion durch die Rechneranlage der überweisenden Bank war, ist die für einen Anscheinsbeweis erforderliche Typizität gegeben und die Grundsätze über den Anscheinsbeweis greifen ein.⁴⁵²

Beim *Internet-Banking* verwenden die Kreditinstitute sowohl im PIN/TAN- als auch im HBCI-Verfahren vergleichbare Sicherungssysteme wie beim *electronic-cash*-Verfahren, die nicht weniger sicher sind.⁴⁵³ Zwar birgt das *Internet-Banking* im Gegensatz zum *electronic-cash*-Verfahren einige computerspezifische zusätzliche Gefahren, wie etwa das sogenannte *Phishing* etc.⁴⁵⁴ Andererseits sind andere dem *electronic-cash*-Verfahren anhaftende Gefahren wie das visuelle Ausspähen der PIN erheblich geringer. Denn während ein Karteninhaber die ec-Karten-Transaktion in der Regel in der Öffentlichkeit durchführt, nimmt der Überweisende sie beim *Internet-Banking* vorwiegend in einem Bereich vor, der analoges visuelles Ausspähen wegen seiner Unzugänglichkeit für fremde Dritte nicht erlaubt.

Trotz Verschiebung des Gefahrenspektrums ist deshalb grundsätzlich auf die Ausführungen zum *electronic-cash*-Verfahren zu verweisen. Wegen der hohen Sicherheitsstandards beim *Internet-Banking* erstreckt sich die Anwendung der Grundsätze des Anscheinsbeweises folglich auf die Sekundäranspruchsebene. Beim Drittmisbrauch im *Internet-Banking* ist deshalb sowohl hinsichtlich des PIN/TAN- als auch des HBCI-Verfahrens grundsätzlich davon auszugehen, dass der Überweisende mit sehr hoher Wahrscheinlichkeit seine vertragliche Pflicht zur Unzugänglichhaltung der Legitimationsmedien verletzt hat.⁴⁵⁵ Auch bei Missbrauch im *Internet-Banking* sind allerdings für die Anwendung der Grundsätze des Anscheinsbeweises immer die Einzelfallumstände zu berücksichtigen.

Im Verhältnis zu den voranstehenden Überweisungsarten ist die Sicherheitsstruktur des Telefon-Banking deutlich missbrauchsanfälliger. Protokolliert die überweisende Bank eine Überweisungstransaktion, spricht zunächst zwar eine Anscheinsvermutung für eine Weisung des Bankkunden. Es kann sich jedoch keine zweite Vermutung mit dem Inhalt sorglosen Verhaltens des Überweisenden anschließen. Grund hierfür ist der mangelnde Systemschutz vor der Kenntnissnahme Dritter bei der Übertragung der Daten. Sieht das Telefon-Banking-System etwa die mündliche Nennung eines Kennworts oder einer Geheimnummer vor, kann nicht nur jede beistehende Person ohne weiteres Kenntnis hiervon nehmen, sondern wegen Unverschlüsseltheit der Daten auf dem Übertragungsweg lässt sich die Telefonleitung drittseitig ohne besondere Anstrengungen „anzapfen“ und das Telefonat abhören.⁴⁵⁶ Ein überzeugendes Sicherheitskonzept ist beim Telefon-Banking folglich nicht gegeben, sodass für eine Anscheinsvermutung in Ermangelung der erforderlichen sehr hohen Wahr-

⁴⁵¹ Recknagel, Vertrag und Haftung beim Internet-Banking, S.145 ff.

⁴⁵² Vgl. hierzu oben in Kap.2 A. IV. 4. b. 2.) a.).

⁴⁵³ Neumann/Bock, Zahlungsverkehr im Internet, S.97.

⁴⁵⁴ Siehe oben in Kap.2 A. I. 3. 1.) a.) (3.).

⁴⁵⁵ So auch Neumann/Bock, Zahlungsverkehr im Internet, S.97 f.; Brückner, Online Banking, S.116 ff.

⁴⁵⁶ Zietsch, Die Haftung im Telefon-Banking-Verkehr, S.80, 82 ff.

scheinlichkeit einer Sorgfaltspflichtverletzung bei erfolgtem Missbrauch auch bei Verwendung der korrekten Sicherheitsmerkmale kein Raum ist.

d. Erschütterung des Anscheinsbeweises

Nach den allgemeinen Grundsätzen zum Anscheinsbeweis lässt sich die Anscheinsvermutung vom Berechtigten erschüttern, indem er einen von ihr abweichenden Geschehensablauf behauptet und die ernste, nicht nur vage Möglichkeit einer solchen Abweichung durch konkrete Tatsachen darlegt.⁴⁵⁷ Allerdings muss beim Missbrauch im Zahlungsverkehr dem Problem der Unaufklärbarkeit des Geschehensablaufs Rechnung getragen werden. Häufig sind die Missbrauchsmanöver äußerst trickreich und technisch raffiniert, zumal der Täter in der Regel gerade auf die Tarnung des Vorgangs eine besondere Sorgfalt anwendet.⁴⁵⁸ Die Aufklärung des Missbrauchssachverhalts ist für den Bankkunden häufig nahezu aussichtslos. In der Praxis wird die Sachlage für den Anscheinsbelasteten auch nicht dadurch hinreichend erhellt, dass der Bank eine sekundäre Darlegungslast nach § 138 II ZPO auferlegt werden kann. Denn zum einen wird sich der Karteninhaber wegen der Fachfremdheit bereits schwer tun, gegenüber der Bank die für die Aufklärung von Sicherheitslücken erforderlichen technischen Details zu erfragen. Zum anderen wird auch die Bank dem Kunden – entsprechende Kollaborationsbereitschaft unterstellt – mangels Kenntnis vom genauen Geschehensablauf kaum zur Aufklärung des Sachverhalts verhelfen können. Deshalb dürfen an den Entlastungsvortrag des Kunden zur Erschütterung der Anscheinsvermutung keine hohen Anforderungen gestellt werden.⁴⁵⁹

V. Zusammenfassung der Rechtslage in Deutschland

In Ermangelung umfassender spezialgesetzlicher Rechtsvorschriften richtet sich die Zuordnung des Drittmisbrauchsrisikos im deutschen bargeldlosen Zahlungsverkehrsrecht ganz überwiegend nach den Vertragsbeziehungen zwischen Bank und Kunde. Sowohl bei der Überweisung als auch im kartengestützten Zahlungsverkehr und im Lastschriftverfahren liegt dem Bank-Kunden-Verhältnis meist ein Geschäftsbesorgungsvertrag gemäß § 675 BGB zugrunde, der für die Drittmisbrauchshaftung stets eine zentrale Rolle spielt:

Während die geschäftsbesorgungsrechtliche Komponente im kartengestützten Zahlungsverkehr dem Kartenemissionsvertrag anhaftet, ist Grundlage des Überweisungs- und Lastschriftverkehrs sowie des *electronic-cash*-Verfahrens typischerweise der geschäftsbesorgungsrechtlich geprägte Girovertrag zwischen Bank und Kunde. Bei einer missbrauchsdefektfreien Zahlung weist der Kunde selbst seine Bank zur Durchführung der Transaktion an, sodass ihr bei Ausführung des Zahlungsvorgangs gegenüber dem Kunden ein geschäftsbesorgungsrechtlicher Vorschuss- oder Aufwendungsersatzanspruch gemäß §§ 675, 669 bzw. 670 BGB entsteht.

Im Überweisungsverkehr besteht gegenüber den übrigen Zahlungsverfahren die Besonderheit, dass der Kunde seinen Willen zur Durchführung der Zahlungstransaktion gegenüber der Bank nicht durch eine einfache geschäftsbesorgungsvertragliche Weisung, sondern durch das Angebot zum Abschluss eines Überweisungsvertrags gemäß § 676a BGB zum Ausdruck bringt. Aufgrund der girovertraglichen Annahmeverpflichtung unterliegt die Bank einem Kontrahierungszwang, dessen Bruch gegenüber dem Überweisenden girovertragliche Schadensersatzansprüche gemäß §§ 280, 676f BGB auslösen kann. Während die Bank ein Überweisungsangebot des Überweisenden im be-

⁴⁵⁷ Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, Zivilprozessordnung, Anh. § 286 Rn.18.

⁴⁵⁸ Hoppe, VuR 2005, 71, 77.

⁴⁵⁹ Hoppe, VuR 2005, 71, 77.

leglosen und in computergestützten Überweisungsverfahren häufig mittels einer automatisierten elektronischen Annahmerklärung bestätigt, erfolgt eine ausdrückliche bankseitige Annahme im beleghaften Verfahren selten. Sofern die Bank das Überweisungsangebot des Kunden nicht ablehnt, entsteht der Überweisungsvertrag dann in der Regel gemäß § 362 I 1 HGB.

Im *electronic-cash*-Verfahren erfolgt die geschäftsbesorgungsrechtliche Weisung des berechtigten Karteninhabers bei der ec-Kartenverwendung an einer mit dem *electronic-cash*-System verbundenen Kasse durch die PIN-gestützte Autorisierungsanfrage beim Kartenemittenten. Hierdurch unterscheidet sich das *electronic-cash*-Verfahren maßgeblich vom „wilden Lastschriftverfahren“, das zwar auch eine ec-Kartenverwendung am POS-Terminal einer automatisierten Kasse vorsieht, jedoch auf die Eingabe der PIN und eine Autorisierung des Zahlungsvorgangs seitens des Kartenemittenten verzichtet. Stattdessen legitimiert sich der Karteninhaber durch einfache Unterschrift auf dem Kassenbeleg, durch die er dem Vertragsunternehmen gleichzeitig eine Einzugsermächtigung über den an der automatisierten Kasse umgesetzten Zahlungsbetrag ausstellt.

Beim Kreditkartengeschäft weist der Karteninhaber den Kartenemittenten durch Verwendung der Karte nicht zur direkten Zahlung, sondern lediglich zur Erklärung eines abstrakten Schuldanerkenntnisses gemäß § 780 BGB gegenüber dem Vertragsunternehmen in Höhe des an der Kasse umgesetzten Zahlungsbetrags an. Auch hierdurch entsteht dem Kartenemittenten gegenüber dem Kreditkarteninhaber ein geschäftsbesorgungsrechtlicher Aufwendungsersatzanspruch.

Im Lastschriftverfahren ist zu unterscheiden zwischen Abbuchungsauftragsverfahren und Einzugsermächtigungsverfahren, denn während der Zahler im Abbuchungsauftragsverfahren gegenüber seiner Bank durch den Abbuchungsauftrag eine Generalweisung gemäß §§ 665, 675 BGB zur Zahlung aller später eingehenden auftragskonformen Lastschriften ausstellt, adressiert er eine Einzugsermächtigung nicht an seine kontoführende Bank, sondern an den Zahlungsempfänger. Belastet die Bank anschließend das Zahlerkonto auf Grundlage eingehender Lastschriften, ist die Belastungsbuchung unabhängig von der Konformität der Lastschriften mit dem Abbuchungsauftrag in Ermangelung einer an sie adressierten Weisung zunächst widerrechtlich, bis der Zahler sie gegenüber der Bank genehmigt (Genehmigungstheorie). Durch das Fehlen einer wirksamen Weisung unterscheidet sich das Einzugsermächtigungsverfahren strukturell von den zuvor genannten Zahlungsverfahren.

Anders als bei einer defektfreien Zahlungstransaktion veranlasst bei Drittmissbrauch typischerweise nicht der Kunde, sondern ein unberechtigter Dritter die Bank zur Durchführung des Zahlungsvorgangs, sodass ein geschäftsbesorgungsrechtlicher Vorschuss- bzw. Aufwendungsersatzanspruch der Bank mangels kundenseitiger Weisung grundsätzlich nicht zur Entstehung kommt. Als Besonderheit im Ermächtigungsverfahren, dem auch die ec-Kartenzahlung im „wilden Lastschriftverfahren“ zuzurechnen ist, belastet die Bank sowohl bei einem regulären Zahlungsvorgang als auch bei Drittmissbrauch ohne Berechtigung. Hinsichtlich aller vorliegend untersuchten bargeldlosen Zahlungsmittel trägt auf Grundlage dieser geschäftsbesorgungsrechtlichen Grundkonstruktion grundsätzlich die Bank das Missbrauchsrisiko. Im Abbuchungsauftragsverfahren sind allerdings ausnahmsweise Konstellationen denkbar, die von diesem Grundsatz abweichen: Besteht zwischen Zahler und Zahlungsempfänger ein wirksamer Abbuchungsauftrag und reicht der Empfänger auf ihrer Grundlage auftragskonforme Lastschriften ein, ist die Bank zur Belastung des Zahlerkontos trotz mangelnder Einzugsberechtigung im Valutaverhältnis berechtigt und der Zahler hat sich zur Schadloshaltung an den unredlichen Zahlungsempfänger zu wenden.

Durchbrochen wird der Grundsatz der Drittmissbrauchshaftung der Bank zudem bei Eingreifen der Grundsätze über die Rechtsscheinhaftung, namentlich der Anscheins- und Duldungsvollmacht sowie dem Blankettmissbrauch. Die Bank kann sich gegenüber dem Kunden bei dessen schuldhafter und schadenskausaler vertraglicher Sorgfaltspflichtverletzung außerdem durch vertragliche Scha-

den Schadensersatzansprüche schadlos halten. Eigenes Verschulden muss sie allerdings im Wege des Mitverschuldens gemäß § 254 BGB gegen sich gelten lassen. In den Standardverträgen der Bank häufig ausdrücklich verankert und durch eine unerschöpfliche Kasuistik von der Rechtsprechung konkretisiert, spielen die missbrauchsvorbeugenden Sorgfaltspflichten des Kunden im Umgang mit den Sicherheitsmedien eine zentrale Rolle in der Prozesspraxis. Denn die von der Kreditwirtschaft zur Vermeidung von Missbrauch entwickelten Sicherheitskonzepte der bargeldlosen Zahlungssysteme können nur Wirksamkeit entfalten, wenn der Kunde sich durch Ausübung gebotener Sorgfalt systemtreu verhält.

Stützt sich die Bank zur Schadloshaltung auf vertragliche Schadensersatzansprüche, gerät sie insbesondere hinsichtlich der modernen Zahlungsarten schnell in Beweisnöte, denn aufgrund der automatisierten Zahlungsverfahren im Massenzahlungsverkehr kann sie üblicherweise ausschließlich die elektronischen Aufzeichnungen des vom Missbrauch betroffenen Zahlungsvorgangs als Beweismittel in den Zivilprozess einbringen. Weder über die Identität des Zahlers noch über den konkreten Geschehensablauf bei der Zahlungstransaktion geben diese unmittelbar Auskunft. Aus dieser Beweisnot verhilft der Bank auch nicht die Beweiserleichterung des § 371a I ZPO über den Beweiswert elektronischer Dokumente, denn wesentliche tatbestandliche Voraussetzung der Bestimmung ist das Vorliegen einer qualifizierten elektronischen Signatur, mit der nach derzeitigem technischen Entwicklungsstand eine Weisung des Zahlungsberechtigten in keinem der vorliegend untersuchten Zahlungsverfahren versehen wird.

Geschmälert werden die Beweisnöte der Bank allerdings durch eine Anwendung der allgemeinen Grundsätze über den Anscheinsbeweis: Dokumentieren die bankeigenen Computerprotokolle eine defektfreie Auslösung der streitgegenständlichen Zahlungstransaktion, spricht hinsichtlich aller vorliegend untersuchten Zahlungsmittel zunächst eine Anscheinsvermutung dafür, dass der Bankkunde selbst den Zahlungsvorgang veranlasst hat. Erschüttert der Kunde durch substantiierte Darlegung eines abweichenden Geschehensverlaufs diese Vermutung, schließt sich zumindest hinsichtlich strittiger Zahlungstransaktionen im *electronic-cash*-Verfahren sowie im Wege des *Internet-Banking* und beleglosen Überweisungsverfahrens ausgelöster Zahlungsvorgänge eine zweite Anscheinsvermutung mit dem Inhalt an, dass der Kunde unter Verstoß gegen seine vertragliche Pflicht zur Geheimhaltung der jeweiligen Sicherheitsmerkmale den Drittmisbrauch verursacht hat. Kritik verdient in diesem Zusammenhang die Lösung des XI. Senats des Bundesgerichtshofs in seinem Urteil vom 5. Oktober 2004, derzufolge nach drittmisbräuchlicher Verwendung einer ec-Karte im *electronic-cash*-Verfahren eine Anscheinsvermutung dafür sprechen soll, dass der Karteninhaber entweder die PIN auf der Karte selbst notiert, oder PIN und Karte gemeinsam verwahrt hat. In Hinblick auf das breite Spektrum alternativer und nicht weniger wahrscheinlicher Sorgfaltspflichtverletzungen des Karteninhabers, wird die Heraushebung dieser zwei konkreten Pflichtverstöße nicht gestützt durch die Lebensrealität.

B. Die Rechtslage in England

I. Einführung: Bargeldloser Zahlungsverkehr in England

In England liegt dem Bank-Kunden-Verhältnis regelmäßig ein allgemeiner „Bankgeschäftsvertrag“ (*banking contract*) zugrunde, durch den es entscheidend geprägt wird durch das allgemeine Ver-

tragsrecht (*common law of contract*).⁴⁶⁰ Die Rechte und Pflichten gewöhnlicher Bankdienstleistungen richten sich nach diesem Vertrag.⁴⁶¹ Zur rechtlichen Ausgestaltung speziellerer Bankdienstleistungen kann der Bankgeschäftsvertrag ergänzt werden durch einzelne Zusatzverträge wie Kreditvertrag, Kreditkartenemissionsvertrag und Versicherungsvertrag.⁴⁶² Der allgemeine Bankgeschäftsvertrag hat üblicherweise den Charakter eines stillschweigenden Vertrags (*implied contract*), dessen genaue Bestimmungen, Rechte und Pflichten nicht schriftlich fixiert werden müssen, da sie sich in ständiger Rechtsprechung verfestigt und in der Bankvertragspraxis auch ohne explizite Nennung etabliert haben.⁴⁶³ Häufig kommt der allgemeine Bankgeschäftsvertrag bei der Eröffnung eines Kontos in der Bankfiliale zustande.

Eine Zuordnung unter ein bestimmtes Vertragsmuster ist weder möglich noch erforderlich. Vielmehr handelt es sich um einen typengemischten Vertrag, der sich aus verschiedenen Elementen spezieller Vertragsformen zusammensetzt.⁴⁶⁴ Je nach Tätigkeit der Bank ist auf spezielles Recht zurückzugreifen. Bei der Durchführung bargeldloser Zahlungstransaktionen tritt die Bank regelmäßig als Beauftragte ihres Kunden auf, sodass neben dem Vertragsrecht das allgemeine Auftragsrecht (*law of agency*) Anwendung findet.⁴⁶⁵

Nach englischem Recht lassen sich die in Nr.3 des Anhangs der Zahlungsdiensterichtlinie und von diesem Beitrag erfassten Arten von Zahlungstransaktionen in die Kategorien *funds transfers* und Kartenzahlungen unterteilen.⁴⁶⁶

II. Der Funds Transfer

1. Einführung

Werden Giralgeldbeträge von einem Konto auf ein anderes bewegt, indem der Transaktionsbetrag auf dem Konto des Empfängers gutgeschrieben und das Konto des Zahlers in entsprechender Höhe belastet wird, lassen sich diese Zahlungstransaktionen im englischen Recht als *funds transfers* zusammenfassen.⁴⁶⁷ Entgegen diesem aus juristischer Sicht irreführenden Terminus werden dabei keine Eigentumsrechte übertragen, sondern die Rechtspositionen von Zahler und Zahlungsempfänger zu ihrer jeweils kontoführenden Bank verändert.⁴⁶⁸ Während sich der Auszahlungsanspruch des Zahlenden gegen seine Bank um den transferierten Betrag vermindert, entsteht dem Zahlungsempfänger gegen seine Bank ein Anspruch auf Auszahlung in entsprechender Höhe.⁴⁶⁹

Zahler und Zahlungsempfänger können ihre Konten bei derselben Filiale einer Bank („*intra-branch transfer*“), bei unterschiedlichen Filialen derselben Bank („*inter-branch transfer*“) oder bei verschiedenen Banken unterhalten („*inter-bank transfer*“). Während die Verrechnung des Betrags auf Zahlungs- und Empfängerkonto bei *intra-* und *inter-branch transfer* von der Clearingstelle der kontoführenden Bank selbst vorgenommen werden kann, ist bei der Verrechnung im *inter-bank transfer* die Zusammenarbeit verschiedener Banken erforderlich. Sind die Bank von Zahler und Empfänger direkt vertraglich verbunden, unterhalten sie üblicherweise gegenseitige Konten, über welche

⁴⁶⁰ *Wadsley/Penn*, The law relating to domestic banking, S.103 Rn.3-002.

⁴⁶¹ *Joachimson v Swiss Bank Corporation*, K.B. 1921, Band 3, 110, 127.

⁴⁶² *Wedsley/Penn*, The law relating to domestic banking, S.104 Rn.3-002.

⁴⁶³ *Wedsley/Penn*, The law relating to domestic banking, S.104 Rn.3-002.

⁴⁶⁴ *Ellinger/Lomnicka/Hooley*, Ellinger's Modern Banking Law, S.125.

⁴⁶⁵ *Wedsley/Penn*, The law relating to domestic banking, S.107 Rn.3-009.

⁴⁶⁶ Vgl. Nr.3 des Anhangs der Richtlinie.

⁴⁶⁷ *Brindle/Cox*, Law of Bank Payments, S.49 Rn.3-001.

⁴⁶⁸ *Brindle/Cox*, Law of Bank Payments, S.49 Rn.3-002.

⁴⁶⁹ *Libyan Arab Foreign Bank v Bankers Trust Co*, Q.B. 1989, 728, 750.

sie die Transaktionen verrechnen. Besteht zwischen den Banken keine direkte Verbindung, müssen weitere Banken oder Clearingstellen zur Herstellung einer Verbindung zwischen Zahlungs- und Empfängerbank eingeschaltet werden.⁴⁷⁰

Innerhalb der *funds transfers* ist zu unterscheiden zwischen *credit transfers* und *debit transfers*. Der entscheidende Unterschied zwischen beiden Verfahren liegt in der Identität des Initiators der Zahlungstransaktion und dem Inhalt der Zahlungsanweisung.⁴⁷¹

a. Credit transfer

Beim *credit transfer* weist der Zahler die kontoführende Bank zur Belastung seines Kontos und zur Veranlassung einer entsprechenden Gutschrift auf dem Empfängerkonto an.⁴⁷² Die Zahlungsanweisung kann entweder eine einmalige Transaktion (*individual transfer order*) oder mehrere sich in bestimmten zeitlichen Abständen wiederholende Transaktionen (*standing order*) erfassen.⁴⁷³ Nach Zugang der Zahlungsanweisung belastet die kontoführende Bank das Konto des Zahlers, sofern nicht eine andere Art der Rückerstattung des Zahlungsbetrags vom Zahler an die kontoführende Bank vereinbart ist. Beim *inter-* und *intra-branch-transfer* erfolgt die Gutschrift des Betrags auf dem Empfängerkonto in unmittelbarem zeitlichen Zusammenhang mit der Kontobelastung des Zahlers. Andernfalls leitet die Bank des Zahlers die Zahlungsanweisung – gegebenenfalls über zwischengeschaltete Banken – an die Empfängerbank weiter, sodass diese den Zahlungsbetrag auf dem Empfängerkonto gutschreiben kann.⁴⁷⁴

b. Debit transfer

Anders als beim *credit transfer* wird die Zahlungstransaktion beim *debit transfer* vom Zahlungsempfänger eingeleitet.⁴⁷⁵ Durch Einreichen einer vom Zahler unterschriebenen Einzugsermächtigung weist der Empfänger die Inkassostelle zur Einziehung des eingetragenen Geldbetrags an. In der Regel schreibt die Inkassostelle dem Begünstigten den Transaktionsbetrag zunächst gut und übermittelt der Zahlstelle anschließend die Zahlungsanweisung, damit diese das Zahlerkonto belastet. Zwischen den beteiligten Banken findet eine Verrechnung des transferierten Betrags statt.

Ein besonderer Fall des *debit transfer* ist das *direct debiting*. Dieses Verfahren wurde 1967 eingeführt⁴⁷⁶ und basiert auf dem sogenannten *Originator's Guide and Rules of the Direct Debit Scheme* (kurz: *Originator's Guide*).⁴⁷⁷ Um am System des *direct debiting* teilnehmen zu können, müssen die Teilnehmer wegen der systeminhärenten besonderen Missbrauchsgefahr eine Reihe von Voraussetzungen erfüllen, die sich nach den Vorschriften des *Originator's Guide* richten.⁴⁷⁸ Erforderlich ist insbesondere die Bürgschaft einer der am System beteiligten Banken.⁴⁷⁹ Die Übernahme einer solchen Bürgschaft richtet sich nach unterschiedlichen Kriterien wie dem finanziellen Status und der

⁴⁷⁰ Brindle/Cox, Law of Bank Payments, S.53 Rn.3-006.

⁴⁷¹ Cranston, Principles of Banking Law, S.235; Ellinger/Lomnicka/Hooley, Ellinger's Modern Banking Law, S.515.

⁴⁷² Brindle/Cox, Law of Bank Payments, S.51 Rn.3-004.

⁴⁷³ Ellinger/Lomnicka/Hooley, Ellinger's Modern Banking Law, S.522 f.; auch *standing orders* werden von der Zahlungsdiensterichtlinie gemäß Nr.3 Var.3 ZDR ausdrücklich erfasst.

⁴⁷⁴ Ellinger/Lomnicka/Hooley, Ellinger's Modern Banking Law, S.515.

⁴⁷⁵ Die Bezeichnung der Beteiligten orientiert sich im Folgenden an derjenigen des deutschen Lastschriftabkommens: Zahlungsempfänger, Inkassostelle, Zahlstelle und Zahler.

⁴⁷⁶ Ellinger/Lomnicka/Hooley, Ellinger's Modern Banking Law, S.542.

⁴⁷⁷ Vgl. zu seinen Bestimmungen ausf. Brindle/Cox, Law of Bank Payments, S.81 Rn.3-031.

⁴⁷⁸ Hapgood, Paget's Law of Banking, S.379 Rn.17.82

⁴⁷⁹ Wadsley/Penn, The Law relating to domestic banking, S.457 Rn.14-097.

Geschäftsfähigkeit des infrage stehenden Teilnehmers.⁴⁸⁰ Ist der Teilnehmer für das System des *direct debiting* zugelassen, muss er der Zahlstelle zunächst eine vom Zahler ausgestellte Autorisierung (*Direct Debit Instruction*, kurz: DDI) verschaffen.⁴⁸¹ Hierzu lässt sich der Zahlungsempfänger zunächst vom Zahler ein Standardformular ausfüllen und unterzeichnen. In der Regel enthält es Namen, Adresse und ID-Nummer des Begünstigten, die Überschrift „Zahlungsanweisung an Ihre Bank oder Sparkasse zur Bezahlung von *direct debits*“ sowie Namen und Adresse der kontoführenden Bank des Zahlers, Name des Kontoinhabers, Datum und eine Unterschrift des Kontoinhabers. Zahlungsbetrag, Zahlungsdatum und Häufigkeit werden auf der DDI hingegen nicht festgelegt.⁴⁸² Durch die Unterzeichnung ermächtigt der Zahler den Zahlungsempfänger zur Einziehung der im Valutaverhältnis geschuldeten Geldbeträge. Anschließend leitet der Begünstigte der Zahlerbank entweder das Originalformular der DDI weiter oder übermittelt ihr die entsprechenden Daten auf elektronischem Wege unter Inanspruchnahme des „*Automated Direct Debit Instruction Service*“ (AUDDIS).⁴⁸³ Im Verhältnis zwischen dem Zahler und seiner Bank dient die DDI als Anweisung zur Belastung des Kontos. Aus ihr erwächst der Bank einerseits die Pflicht, andererseits aber auch das Recht zur Belastungsbuchung in Höhe der vom Begünstigten eingereichten *direct debits*.⁴⁸⁴ Zur Einziehung eines *direct debit* übermittelt der Begünstigte unter Einschaltung des elektronischen Clearingsystems BACS⁴⁸⁵ die Transaktionsdaten sowohl an Zahl- als auch an Inkassostelle. Die Inkassostelle schreibt dem Begünstigten daraufhin den Transaktionsbetrag gut, während die Zahlstelle das Konto des Zahlers nach Überprüfung der erforderlichen Autorisierung belastet. In Anspruch genommen wird das *direct debiting* meist, wenn ein Schuldverhältnis mit Dauerschuldcharakter besteht, in dem der Rechnungsbetrag in den vereinbarten Abrechnungszeiträumen variiert (z.B. Heizungs-, Telefon- und andere Haushalts- und Versorgungsverträge).⁴⁸⁶ Zwar hat der Gläubiger zunächst bei der Zulassung zum System des *direct debiting* einen gewissen zeitlichen Aufwand, der sich allerdings anschließend üblicherweise durch gewisse Aufwandseinsparungen (Mahnschreiben wegen versäumter Zahlungen, Überprüfung der Fehlerfreiheit der Zahlungsbeträge etc.) amortisiert.⁴⁸⁷ Für den Zahler liegt der Vorteil vor allem in der Ersparnis des Zeitaufwands für die Durchführung von Einzelüberweisungen. Wenigstens zehn Tage vor Einziehung des ersten *direct debit* hat der Gläubiger den Schuldner von der Höhe des einzuziehenden Betrags und dem Zahlungsdatum in Kenntnis zu setzen. Gleiches gilt für eine betragsmäßige Veränderung zeitlich nachfolgender *direct debits*.⁴⁸⁸ Übersteigt der eingezogene den zuvor in der Mitteilung ausgewiesenen Zahlungsbetrag, hat der Schuldner gegenüber der

⁴⁸⁰ *Brindle/Cox*, Law of Bank Payments, S.81 Rn.3-031; *Wadsley/Penn*, The law relating to domestic banking, S.457 Rn.14-097.

⁴⁸¹ *Wadsley/Penn*, The law relating to domestic banking, S.457 Rn.14-097.

⁴⁸² *Brindle/Cox*, Law of Bank Payments, S.81 f. Rn.3-031.

⁴⁸³ *Ellinger/Lomnicka/Hooley*, Ellinger's Modern Banking Law, S.524; ausf. *Brindle/Cox*, Law of Bank Payments, S.81 f. Rn.3-031.

⁴⁸⁴ *Wadsley/Penn*, The law relating to domestic banking, S.457 Rn.14-097.

⁴⁸⁵ Das BACS (*Bankers' Automated Clearing Services Limited*) ist ein zentrales elektronisches Clearingsystem in Großbritannien, das insbesondere im Rahmen des *direct debiting* und für Daueraufträge eingesetzt wird. Dabei werden die transaktionsrelevanten Daten mit dem Telekommunikationssystem BACSTEL zunächst festgehalten und dann zur weiteren Bearbeitung an BACS übermittelt. Anschließend werden die Daten von BACS an die beteiligten kontoführenden Banken weitergeleitet, sodass die Empfängerbank eine Gutschrifts- und die Bank des Zahlenden eine Belastungsbuchung entsprechend der übermittelten Daten vornehmen kann.

⁴⁸⁶ *Brindle/Cox*, Law of Bank Payments, S.52 Rn.3-005.

⁴⁸⁷ *Ellinger/Lomnicka/Hooley*, Ellinger's Modern Banking Law, S.524.

⁴⁸⁸ *Ellinger/Lomnicka/Hooley*, Ellinger's Modern Banking Law, S.524.

Bank nach Maßgabe des *Originator's Guide* einen sofortigen Rückzahlungsanspruch.⁴⁸⁹ Dieser Rückzahlungsanspruch ist regelmäßig auf der *Direct Debit Instruction* ausdrücklich abgedruckt.⁴⁹⁰ Um zukünftige Kontobelastungen zu vermeiden, kann der Zahler die Einzugsermächtigung gegenüber seiner Bank jederzeit widerrufen, unabhängig davon, ob er dadurch gegenüber dem Begünstigten eine Vertragsverletzung begeht oder nicht.⁴⁹¹ Wird trotz Widerrufs der Ermächtigung eine Belastung des Kontos des Zahlenden auf Grundlage einer Zahlungsanweisung des Zahlungsempfängers vorgenommen, hat die Bank unverzüglich die Rückbuchung (Wiedergutschrift) des Zahlungsbetrags vorzunehmen.⁴⁹²

2. Rechtsnatur und Rechtsquellen

Um die Missbrauchsrisikoverteilung zwischen Bank und Kunde zu untersuchen, ist zunächst zu klären, auf welche Rechtsquellen zurückzugreifen ist. Eine zentrale Rechtsquelle für *funds transfers* ist das allgemeine Vertragsrecht (*law of contract*).⁴⁹³ Sofern ein *funds transfer* unentgeltlich erfolgt, entsteht zwischen Bank und Kunde durch die Überweisung zwar kein neues Vertragsverhältnis.⁴⁹⁴ Wegen des allgemeinen Bankgeschäftsvertrags zwischen Bank und Kunde, auf dessen Grundlage ein *funds transfer* vorgenommen wird, findet das allgemeine Vertragsrecht jedoch trotzdem Anwendung.⁴⁹⁵

Maßgeblichen Einfluss auf die Missbrauchsrisikoverteilung hat außerdem die Zahlungsanweisung des Bankkunden. Im Rahmen des *credit transfer* wird sie von Teilen der Literatur qualifiziert als Forderungsabtretung in Höhe des Transaktionsbetrags,⁴⁹⁶ als übertragbares Wertpapier⁴⁹⁷ oder sogar als Urkunde zur Begründung eines Treuhandverhältnisses.⁴⁹⁸ Richtigerweise handelt es sich beim

⁴⁸⁹ Ellinger/Lomnicka/Hooley, Ellinger's Modern Banking Law, S.525.

⁴⁹⁰ Brindle/Cox, Law of Bank Payments, S.83 Rn.3-032.

⁴⁹¹ Wadsley/Penn, The law relating to domestic banking, S.459 Rn.14-102.

⁴⁹² Ellinger/Lomnicka/Hooley, Ellinger's Modern Banking Law, S.525.

⁴⁹³ Brindle/Cox, Law of Bank Payments, S.107 Rn.3-056.

⁴⁹⁴ *Royal Products Ltd v Midland Bank Ltd*, Lloyd's Rep. 1981, Bd. 2, 194, 198.

⁴⁹⁵ Ellinger/Lomnicka/Hooley, Ellinger's Modern Banking Law, S.121 f.

⁴⁹⁶ Lord Chorley, Law of Banking, S. 286. Die Annahme einer Forderungsabtretung hätte insbesondere Auswirkungen auf die Widerrufbarkeit der Überweisung und auf das Entstehen eigener Rechte des Überweisungsempfängers gegen die Bank des Überweisenden, wurde jedoch von der Rechtsprechung mit überzeugender Begründung abgelehnt: Es ist streng zu unterscheiden zwischen der *Übertragung* von Ansprüchen einerseits und der *Entstehung* und dem *Erlöschen* von Ansprüchen andererseits. Entgegen der irreführenden Bezeichnung *Transfer of Funds* wird auch bei der Überweisung im Gegensatz zu der Forderungsabtretung kein Anspruch *übertragen*, sondern ein neuer Anspruch des Überweisungsempfängers gegenüber seiner eigenen Bank zur *Entstehung* gebracht. Sofern nicht ausnahmsweise ein entsprechender Wille der Beteiligten erkennbar ist, tritt der Überweisende keine Forderung gegenüber seiner Bank an den Überweisungsempfänger ab (*R v Pretty*, A.C. 1996, 815 ff., 841 B, C).

⁴⁹⁷ Im *Common Law* hat ein Dokument zwei Voraussetzungen zu erfüllen, um als Wertpapier zu gelten: Zum einen muss es durch Aushändigung von einer Person an eine andere übertragbar sein, sodass der Inhaber die sich aus dem Dokument ergebende Forderung *pro tempore* im eigenen Namen einklagen kann. Zum anderen muss es dem gutgläubigen Erwerber einen Rechtsanspruch verschaffen, der nicht mit durch vorherige Inhaber verursachten Rechtsmängeln behaftet ist (Brindle/Cox, Law of Bank Payments, S.115 Rn.3-064). Entscheidend bei der Ermittlung des Vorliegens dieser Voraussetzungen sind die allgemeinen Handelsbräuche (*Godwin v Robarts*, L.R. Exch. 1875, 337, 352). Die Rechtsprechung hat im Fall *The Brimnes* festgestellt, dass zumindest eine mittels Telex abgegebene Überweisungsanweisung diese Anforderungen nicht erfüllt (*Tenax Steamship Co Ltd v Brimnes*, Q.B. 1975, 929, 969). Aber auch hinsichtlich der übrigen Überweisungsanweisungen entspricht es nicht den Handelsbräuchen, sie an Dritte durch Aushändigung zu übertragen, um dem Empfänger einklagbare und rechtsmangelfreie Rechte zu verschaffen. Deshalb ist Überweisungsanträgen generell keine Wertpapierqualität zuzusprechen.

⁴⁹⁸ Im Ergebnis ist auch diese Lösung abzulehnen: Zwar ist Kontoguthaben generell als Bezugsobjekt für ein Treuhandverhältnis zulässig und es muss bei der Begründung eines Treuhandverhältnisses auch nicht zwingend der Begriff Treuhand erwähnt werden. Zumindest ist jedoch ein entsprechender Wille beider betroffenen Parteien erforderlich, der bei der Übermittlung einer herkömmlichen Überweisungsanweisung nicht gegeben ist; anders z.B. im Fall *Re Kayford Ltd. (In Liquidation)* (A.E.R. 1975, 604 ff.), in dem der Kontoinhaber die Anweisung zur Einrichtung eines

credit transfer allerdings – nicht anders als beim *debit transfer* – um eine einfache Bankoperation mit auftragsrechtlicher Prägung (*law of agency*). Mangels spezialgesetzlicher Vorschriften hat sich die Bank als Beauftragte (*agent*) nach allgemeinen auftragsrechtlichen Grundsätzen an die Weisungen des Bankkunden als Auftraggeber (*principal*) zu halten.⁴⁹⁹ Sowohl bei der Zahlungsanweisung des *credit transfer* als auch bei derjenigen des *debit transfer* handelt es sich also um einfache auftragsrechtliche Weisungen.

Bei grenzüberschreitenden Überweisungen sind außerdem die zur Umsetzung der Europäischen Überweisungsrichtlinie (97/5/EG) geschaffenen *Cross-Border Credit Transfer Regulations 1999* einschlägig.

3. Haftungsrisikoverteilung bei Drittmisbrauch

a. Grundstruktur der Haftungsrisikoverteilung

Die Bank hat grundsätzlich gegenüber dem Kontoinhaber kein Recht zur Belastung seines Kontos auf Grundlage einer gefälschten Zahlungsanweisung.⁵⁰⁰ Führt die Bank eine Zahlungstransaktion ohne Weisung des Kontoinhabers durch, verstößt sie gegen ihre bankvertragliche Pflicht nur autorisierte Kontobelastungen vorzunehmen.⁵⁰¹ Nach Durchführung eines auf Missbrauch beruhenden *funds transfer* kann der Kontoinhaber von der Bank deshalb vertraglichen Schadensersatz in Form einer Rückbuchung des Transaktionsbetrags verlangen,⁵⁰² sodass grundsätzlich die Bank das Haftungsrisiko für Drittmisbrauch trägt. Ausweislich des im *Originator's Guide* bezeichneten und auf der *Direct Debit Instruction* regelmäßig vermerkten Rückzahlungsanspruchs des Kontoinhabers gegen seine Bank gilt dies auch bei Einziehung betragsmäßig zu hoher *direct debits* durch den Zahlungsempfänger.⁵⁰³

Darüber hinaus ergibt sich sowohl für die Bank als auch für den Kontoinhaber aus dem allgemeinen Bankgeschäftsvertrag eine Reihe von Pflichten, die dem Schutz vor Drittmisbrauch dienen. Verletzt die Bank eine solche Pflicht, kann der Kontoinhaber seinen Schadensersatzanspruch wegen Vertragsverletzung auch auf diese Pflichtverletzung stützen. Wird ein Drittmisbrauch durch Pflichtverletzung des Kontoinhabers ermöglicht, kann die Bank dem Kontoinhaber einen Gegenanspruch auf Vertragsverletzung in Höhe des Transaktionsbetrags entgegenhalten.

Die Verschuldensunabhängigkeit der vertraglichen Haftung im englischen Recht⁵⁰⁴ lässt eine Verteilung des Schadens nach Mitverschulden nicht zu. Als Korrektiv für unbillige Ergebnisse bei Sachverhalten, in denen auch dem Anspruchsteller eines Schadensersatzanspruchs fahrlässiges Verhalten vorzuwerfen ist, dient der *Law Reform (Contributory Negligence) Act 1945*.⁵⁰⁵ Er sieht vor, in bestimmten Fällen sorgloses Verhalten des Anspruchstellers in die Berechnung des Schadensum-

treuhänderischen Kunden-Sparkontos gab, um den Kunden vor Insolvenz des Kontoinhabers zu schützen (vgl. ausführlich *Brindle/Cox*, *Law of Banking Payments*, S.118 Rn.3-066).

⁴⁹⁹ *Ellinger/Lomnicka/Hooley*, *Ellinger's Modern Banking Law*, S.125; *Brindle/Cox*, *Law of Bank Payments*, S.107 Rn.3-056.

⁵⁰⁰ *Brindle/Cox*, *Law of Bank Payments*, S.162 Rn.3-114.

⁵⁰¹ Im Fall *Agip (Africa) Ltd v Jackson* (W.L.R. 1991, Band 3, 116) wurde eine Zahlungstransaktion, die auf Grundlage einer verfälschten Zahlungsanweisung erfolgte von der Rechtsprechung behandelt wie eine irrtümlich von der Bank durchgeführte Zahlung. Der Kontoinhaber konnte gegenüber der Bank dadurch Schadensersatz wegen Vertragsbruch (*breach of contract*) verlangen.

⁵⁰² *Cranston*, *Principles of Banking Law*, S.233; *Brindle/Cox*, *Law of Bank Payments*, S.162 Rn.3-114.

⁵⁰³ *Ellinger/Lomnicka/Hooley*, *Ellinger's Modern Banking Law*, S.525.

⁵⁰⁴ *Hadžimanović*, *Auslegung und Ergänzung von Verträgen*, S.70.

⁵⁰⁵ Im Folgenden kurz: *Contributory Negligence Act*.

fangs einzubeziehen.⁵⁰⁶ Der Anspruchsgegner kann dann im Prozess „mitwirkende Fahrlässigkeit“ (*contributory negligence*) als Verteidigungsvorbringen (*defence*)⁵⁰⁷ geltend machen.

Grundsätzlich gilt: Beruht ein Schaden teils auf Fahrlässigkeit des Anspruchsgegners, teils auf Fahrlässigkeit des Anspruchstellers, so ist der vom Anspruchsteller geltend gemachte Schaden seiner Höhe nach um den prozentualen Anteil zu reduzieren, für den er selbst verantwortlich ist.⁵⁰⁸ Der *Contributory Negligence Act* ist allerdings nur in bestimmten Sachverhalten einschlägig. Nicht zuletzt sein Wortlaut zeigt, dass er vornehmlich auf die Einbeziehung der Fahrlässigkeit des Anspruchstellers bei Geltendmachung eines *deliktischen* Anspruchs wegen sorglosen Handelns des Anspruchsgegners (*tort of negligence*) abzielt.⁵⁰⁹ Gesetzgeberische Motivation zur Schaffung des Regelungswerks war die Lösung des Problems beiderseitiger Fahrlässigkeit bei deliktischen Ansprüchen.⁵¹⁰ Ob der *Contributory Negligence Act* auch auf Sachverhalte anwendbar ist, in denen der Anspruchsteller einen Schadensersatzanspruch wegen Vertragsverletzung (*breach of contract*) geltend macht, ist umstritten.⁵¹¹ Hierzu hat sich die Rechtsprechung im Fall *Forsikringsaktieselskapet Vest v Butcher*⁵¹² geäußert und die Anwendbarkeit zumindest auf solche vertraglichen Ansprüche bestätigt, bei denen der Anspruchsgegner eine Pflicht verletzt hat, die mit einer deliktischen Sorgfaltspflicht (*tortious duty of care*) korreliert, also mit einer Pflicht, bei dessen Verstoß ebenfalls ein deliktischer Schadensersatzanspruch wegen Fahrlässigkeit (*tort of negligence*) entsteht. In dieser Rechtsprechung verwies der *Court of Appeal* auf die unterinstanzlichen Ausführungen des Richters *Hobhouse* im selben Fall⁵¹³ und bestätigte dessen Ausführungen zur Unterscheidung dreier verschiedener Kategorien von Pflichten, zwischen denen bei der Frage nach der Anwendbarkeit des *Contributory Negligence Act* zu unterscheiden ist:

Kategorie 1 erfasst absolute vertragliche Pflichten (*strict contractual duties*), die nicht an die Einhaltung eines bestimmten Maßes an Sorgfalt des Schuldners gebunden sind. Pflichten der Kategorie 2 sind rein vertraglich vereinbarte Sorgfaltspflichten, die sich an der Anwendung eines bestimmten Maßes an Sorgfalt orientieren und nicht mit einer deliktischen Sorgfaltspflicht korrelieren, sondern sich ausschließlich aus dem Vertrag ergeben. Bei Kategorie 3 handelt es sich um solche vertraglichen Sorgfaltspflichten, die mit deliktischen Sorgfaltspflichten korrelieren und deren Verstoß daher auch eine deliktische Haftung wegen Fahrlässigkeit (*tort of negligence*) begründet.

Aus der Urteilsbegründung des Falls *Forsikringsaktieselskapet Vest v Butcher* ist zu entnehmen, dass allein bei der Verletzung einer Sorgfaltspflicht nach Kategorie 3 die Fahrlässigkeit des Anspruchstellers in die Berechnung des Schadens einbezogen wird. Eine Erweiterung des Anwendungsbereichs des *Contributory Negligence Act* auf Verletzungen einer Pflicht aus den anderen beiden Kategorien wird in unterschiedlichen Ausformungen von verschiedenen Seiten zwar befürwor-

⁵⁰⁶ *Chen-Wishart*, Contract Law, S.559.

⁵⁰⁷ Ein *defence* ist eine prozessuale Verteidigungshandlung, die der Beklagte einbringen kann, um entweder den Anspruch selbst ganz oder teilweise in Abrede zu stellen oder um Gegenansprüche zur Aufrechnung geltend zu machen (*Loughlin/Gerlis*, Civil Procedure, S.152).

⁵⁰⁸ *Peel*, The Law of Contract, S.1064 Rn.20-105.

⁵⁰⁹ Abschnitt 1 (1) führt aus: „Where any person suffers damage as the result partly of his own fault and partly of the fault of any other person or persons a claim in respect of that damage shall not be defeated by reason of the fault of the person suffering the damage, but the damages recoverable in respect thereof shall be reduced to such extent as the court thinks just and equitable having regard to the claimant’s share in the responsibility for the damage.” Abschnitt 4 enthält eine Definition von fault: “‘fault’ means negligence, breach of statutory duty or other act of omission which gives rise to a liability in tort or would, apart from this Act, give rise to the defence of contributory negligence”.

⁵¹⁰ *McKendrick*, Contract Law, Materials, S.1101.

⁵¹¹ *McKendrick*, Contract Law, S.427.

⁵¹² A.C. 1989, 852.

⁵¹³ A.E.R. 1986, Band 2, 488.

tet,⁵¹⁴ wurde von der Rechtsprechung bisher allerdings abgelehnt⁵¹⁵ und ist ohne Textänderungen mit dem Wortlaut des Regelwerks auch kaum vereinbar.⁵¹⁶

Macht der Kontoinhaber gegen die Bank wegen unautorisierter Belastung seines Kontos einen Rückbuchungsanspruch geltend, kann die Bank dem Bankkunden *contributory negligence* als Verteidigungsvorbringen nicht entgegenhalten, denn bei der auftragsrechtlichen Pflicht zur Einhaltung von Weisungen aus dem allgemeinen Bankvertrag handelt es sich um eine absolute vertragliche Verpflichtung (*strict contractual duty*). Eine Anwendung des *Contributory Negligence Act* scheidet folglich aus.⁵¹⁷

Entscheidend ist die Unterscheidung allerdings lediglich in Fällen, in denen das eigene sorglose Verhalten des Anspruchstellers tatbestandlich noch keinen eigenen Schadensersatzanspruch des Anspruchsgegners begründet, denn andernfalls kann der Anspruchsgegner dem Anspruchsteller ohne Rückgriff auf den *Contributory Negligence Act* einen eigenen Schadensersatzanspruch entgegenhalten.⁵¹⁸ In diesem Fall ist eine Verteilung der Schadenslast entsprechend des jeweiligen Grades an Verantwortlichkeit der Parteien vorzunehmen.⁵¹⁹

Die Zulässigkeit vertraglicher Haftungsregelungen sowie sonstiger Rechte und Pflichten der Beteiligten, die zwischen Bank und Kunde abweichend von der allgemein geltenden Lösung vereinbart werden, richtet sich maßgeblich nach den *Unfair Terms in Consumer Contracts Regulations 1999* (UTCCR) und dem *Unfair Contract Terms Act 1977* (UCTA).⁵²⁰

b. Pflichten von Bank und Kunde

Die beiderseitigen Pflichten der Parteien lassen sich unterteilen in vertragliche Pflichten (*contractual duties*) und Sorgfaltspflichten, deren Verletzung einen deliktischen Anspruch wegen Fahrlässigkeit begründen kann (*tortious duties of care*).

1.) Vertragliche Pflichten

Für den Kontoinhaber ergibt sich aus dem allgemeinen Bankgeschäftsvertrag die Pflicht, seine Bank nach Kenntnisnahme eines bereits erfolgten Missbrauchs über den Vorgang zu unterrichten.⁵²¹ Diese Pflicht hilft der Bank sowohl bei der Identifizierung des Missbrauchstäters und ihrer Schad-

⁵¹⁴ Die *Law Commission* (eine durch den *Law Commissions Act 1965* geschaffene unabhängige Einrichtung zur ständigen Überprüfung des bestehenden Rechts, die durch Reformvorschläge auf notwendige Neuerungen hinweisen kann) hatte in ihrem Arbeitspapier Nr.114 im Jahre 1990 zunächst vorläufig eine Anwendung des *Contributory Negligence Act* sowohl auf Kategorie 2 als auch auf Kategorie 1 vorgeschlagen, ist dann aber in ihrer endgültigen Stellungnahme von dieser Position abgerückt, um allein die Einbeziehung von Kategorie 2 in den Anwendungsbereich des *Act* zu empfehlen (vgl. krit. *Burrows*, *Limitations on Compensation*, S.27, 40 f.). In der Literatur wird z.T. eine Anwendung auf alle Kategorien von Pflichten mit dem Hinweis auf flexiblere Lösungen durch Verteilung der Schadenslast und der Notwendigkeit der Abkehr vom Alles-oder-Nichts-Prinzips der Schadensverteilung befürwortet (z.B. *McGregor*, *On Damages*, S.95 Rn.5-013; *Burrows*, *Limitations on Compensation*, S.27, 41 ff.). Zur Vermeidung ausufernder Schuldzuweisungen im Prozess und zwecks Vereinfachung der genauen Schadensberechnung wird der Vorschlag gemacht, statt einer fließenden Bemessung der Schuldverteilung lediglich eine gestufte Schuldverteilung zuzulassen, z.B. 25, 50 oder 75 Prozent (*Burrows*, *Limitations on Compensation*, S.27, 43; ders. in L.Q.R. 1993, S.175, 177).

⁵¹⁵ Bei Verletzung einer *strict contractual duty* explizit abgelehnt in *Barclays Bank plc v Fairclough Ltd*, W.L.R. 1994, Band 3, 1057.

⁵¹⁶ *McGregor*, *On Damages*, S.95 Rn.5-013.

⁵¹⁷ *Brindle/Cox*, *Law of Bank Payments*, S.132 Rn.3-080.

⁵¹⁸ *Peel*, *The Law of Contract*, S.1068 Rn.20-111; *Charlesworth/Percy*, *On Negligence*, S.200 Rn.3-20.

⁵¹⁹ *Tennant Radiant Heat Ltd v Warrington Development Corporation*, E.G.L.R. 1988, Band 1, 41; vgl. m.w.N. *Brindle/Cox*, *Law of Bank Payments*, S.132 Rn.3-080 Fn.16.

⁵²⁰ Vgl. hierzu ausführlich unten in Kap.2 B. III. 2. e.

⁵²¹ Im Fall *Price Meats Ltd v Barclays Bank plc*, A.E.R. (Comm) 2000, Band 2, 346 nur entschieden für Scheckmissbrauch; die Rspr. ist aber auf Fälschungen von Überweisungsanweisungen analog anwendbar (vgl. *Brindle/Cox*, *Law of Bank Payments*, S.132 Rn.3-081).

loshaltung als auch bei der Einleitung von Vorkehrungs- und Schutzmaßnahmen gegen zukünftige Überweisungen.⁵²² Sofern der Kontoinhaber von dem Missbrauchsgeschehen trotz Offensichtlichkeit keine Kenntnis hatte, wird diese „grob fahrlässige“ Unkenntnis behandelt wie Kenntnis, sodass dem Kontoinhaber ebenfalls ein Verstoß gegen die Mitteilungspflicht vorzuwerfen ist.⁵²³ Demgegenüber ist der Kontoinhaber nicht generell verpflichtet, Schutzvorkehrungen gegen die Fälschung von Überweisungsanweisungen zu treffen.⁵²⁴

Im *Banking Code* wird eine Reihe von Pflichten aufgeführt, die den Umgang mit den Sicherheitsmerkmalen beim *Online-Banking* betreffen.⁵²⁵ Hierzu gehören die Pflicht, den Computer durch Anti-Viren- und *spyware*-Software und eine *firewall* zu sichern, Passwörter und PIN geheim zu halten, die Internetseite der Bank ausschließlich durch direkte Eingabe in den Internet-Browser und nicht über Verknüpfung in Emails aufzurufen, um anschließend persönliche Daten einzugeben, niemals persönliche Daten oder Sicherheitsmerkmale auf Anfrage in einer Email preiszugeben etc. Sofern diese Sorgfaltspflichten im Bank-Kunden-Verhältnis allerdings nicht vertraglich fixiert sind, entfalten sie zulasten des Kunden keine Rechtswirkung.⁵²⁶

Für die Bank ergibt sich ebenfalls eine Reihe von Pflichten aus dem Bankgeschäftsvertrag, wie insbesondere die generelle Pflicht, bei ihrem Handeln angemessene Sorgfalt (*reasonable skill and care*) anzuwenden.⁵²⁷ Dies gilt nicht nur für den Ausführungsvorgang einer Überweisungstransaktion selbst, sondern auch für die Entscheidung, ob eine Überweisung überhaupt durchgeführt werden soll. Selbst wenn eine echte Überweisungsanweisung vorliegt, die ein gegenüber der Bank berechtigter Aussteller abgegeben hat, ist die Bank von dieser Pflicht nicht befreit.⁵²⁸ Sofern die Umstände, unter denen die Überweisungsanweisung an die Bank gerichtet wird, Unregelmäßigkeiten erkennen lassen, hat die Bank diesen Unregelmäßigkeiten nachzugehen. Allerdings ist dabei zu berücksichtigen, dass die Abgabe einer echten Überweisungsanweisung für die Bank eine *prima-facie*-Pflicht zur Ausführung der Überweisung begründet, da eine Verzögerung der Überweisung unter Umständen zu finanziellen Verlusten des Überweisenden führt.⁵²⁹ Da sich die Bank bei Verstoß gegen die Pflicht zur rechtzeitigen Ausführung gegenüber dem Überweisenden schadensersatzpflichtig machen kann, dürfen die Anforderungen an die Bank hinsichtlich der Beurteilung der Situation nicht zu hoch sein. Idealerweise ist das Verhältnis zwischen Bank und Kunde zudem geprägt von einem Vertrauensverhältnis, das es der Bank erlaubt, grundsätzlich von redlichem Handeln des Kunden statt von dessen Missbrauchsabsicht auszugehen.⁵³⁰ Deshalb haftet die Bank nur, wenn einem Bankmitarbeiter bekannt ist, dass eine Zahlungsanweisung unredlich abgegeben wurde oder er seine „Augen vor der offensichtlichen Unredlichkeit des Ausstellers verschließt“ oder grob

⁵²² *Tai Hing Cotton Mill Ltd v Liu Chong Hing Bank Ltd*, A.C. 1986, 80, 97.

⁵²³ *Patel v Standard Chartered Bank*, Lloyd's Rep. Bank. 2001, 229 Rn.63.

⁵²⁴ *National Australia Bank Ltd v Hokit Pty Ltd*, Bank.L.R. 1997, Band 6, 177.

⁵²⁵ § 12.9 BC.

⁵²⁶ Siehe unten in Kap.2 B. III. 3. b. 2.) c.)

⁵²⁷ *Royal Products Ltd v Midland Bank Ltd*, Lloyd's Rep. 1981, Band 2, 194, 199.

⁵²⁸ Im Fall *Barclays Bank plc v Quincecare Ltd* (A.E.R. 1992, Band 4, 363 ff.) richtet der Vorstandsvorsitzende einer Gesellschaft ohne entsprechende Vollmacht eine Überweisungsanweisung an die kontoführende Bank zur Überweisung von £ 344.000 an eine Anwaltskanzlei, die ihrerseits nach Erhalt das Geld entsprechend vorheriger Anweisung des Vorstandsvorsitzenden auf ein Konto in die U.S.A. überweist. Das Gericht lehnte in diesem Fall die Verletzung einer Sorgfaltspflicht durch die Bank allerdings in Ermangelung der Erkennbarkeit des Missbrauchs des Vorstandsvorsitzenden ab.

⁵²⁹ *Barclays Bank plc v Quincecare Ltd*, A.E.R. 1992, Band 4, 363, 364 a.

⁵³⁰ *Barclays Bank plc v Quincecare Ltd*, A.E.R. 1992, Band 4, 363, 364 c.

fahrlässig weitere Erkundigungen unterlässt, die ein „verantwortungsbewusster Mensch“ unternehmen würde.⁵³¹

2.) Sorgfaltspflichten aus Deliktsrecht (*tortious duties of care*)

Unabhängig von der vertraglichen Verbindung zwischen Bank und Kunde ergeben sich für beide Beteiligten Sorgfaltspflichten, deren Missachtung eine deliktische Haftung wegen Fahrlässigkeit begründen kann (*tort of negligence*).⁵³² Ist die Möglichkeit des Schadenseintritts vorhersehbar und nahe liegend und ist die Annahme einer Sorgfaltspflicht fair, gerecht und vernünftig, so entsteht eine entsprechende Sorgfaltspflicht.⁵³³ Die schadenskausale Verletzung dieser Pflicht begründet einen deliktischen Schadensersatzanspruch wegen Fahrlässigkeit zugunsten der geschädigten und zulasten der schädigenden Partei. Ob ein konkretes Verhalten einen solchen Anspruch begründen kann, ist im Einzelfall zu entscheiden und verschließt sich Pauschalaussagen.⁵³⁴ Jedenfalls kann angenommen werden, dass sowohl Bank als auch Kunde generell die Pflicht haben, die drittmisbräuchliche Durchführung eines *funds transfer* weder in sorgloser Weise zu ermöglichen noch zu erleichtern.⁵³⁵

3.) Mitigation rule und remoteness rule

Der Schadensersatzanspruch wegen Vertragsverletzung unterliegt insbesondere zwei Ausnahmen:⁵³⁶ Zum einen kann der Geschädigte den Schädiger nach der *mitigation rule* nicht voll in die Haftung nehmen, wenn der Schaden bei ordnungsmäßigem Verhalten des Geschädigten nicht in der Höhe entstanden wäre.⁵³⁷ Ordnungsmäßiges Verhalten umfasst auch die Abwendung oder Milderung eines erkennbar eintretenden Schadens, sofern der Aufwand in angemessenem Verhältnis zu dem drohenden Schaden steht und die vertragliche Verbindung zwischen den Beteiligten und die Umstände das Eingreifen des Geschädigten geboten erscheinen lassen. Hierzu gilt die Grundregel, dass der Geschädigte jedenfalls solche Maßnahmen nicht zu ergreifen hat, die ein vernünftiger und umsichtiger Mensch in Ausübung seiner Geschäftstätigkeit nicht ergreifen würde.⁵³⁸ Verletzt der Geschädigte diese Obliegenheit und entsteht dadurch ein Schaden oder wird erhöht, ist der Schadensersatzanspruch des Geschädigten in entsprechender Höhe zu kürzen.⁵³⁹

Ferner scheidet eine Haftung nach der *remoteness rule* für „ungewöhnliche Schäden“ (*unusual losses*) aus, wenn die Vertragsparteien die Möglichkeit des Schadenseintritts bei Vertragsschluss berücksichtigt haben.⁵⁴⁰ Das Eingreifen beider Sonderregelungen ist jeweils im Einzelfall zu prüfen.

⁵³¹ *Barclays Bank plc v Quincecare Ltd*, A.E.R. 1992, Band 4, 363, 364 a, b; vgl. auch *Lipkin Gorman v Karpnale Ltd*, W.L.R. 1989, Band 1, 1340, 1341 a.

⁵³² Zur Koexistenz deliktischer und vertraglicher Ansprüchen vgl. *Ellinger/Lomnicka/Hooley*, Ellinger's Modern Banking Law, S.152 ff.; zu den deliktischen Sorgfaltspflichten siehe ausf. unten in Kap.2 B. III. 2. d. 2.) b.).

⁵³³ *Lunney/Oliphant*, Tort Law, S.121.

⁵³⁴ *Hapgood*, Paget's Law of Banking, S.149 Rn.7.6.

⁵³⁵ Hinsichtlich kartengestützten Zahlungen so in Anlehnung zur Rechtsprechung über das Wechselrecht *Sayer*, Credit Cards and the Law, S.101.

⁵³⁶ Vgl. ausführlich *Hedley/Halliwell*, The Law of Restitution, S.208 ff.

⁵³⁷ *British Westinghouse Electric and Manufacturing Co Ltd v Underground Electric Rlys Co of London Ltd*, A.C. 1912, 673.

⁵³⁸ *British Westinghouse Electric and Manufacturing Co Ltd v Underground Electric Rlys Co of London Ltd*, A.C. 1912, 673, 689.

⁵³⁹ Ausf. m.w.N. *Chen-Wishart*, Contract Law, S.554.

⁵⁴⁰ *Hadley v Baxendale*, Exch.R. 1854, 341.

c. Verwirkung (*Estoppel*)

Denkbar ist darüber hinaus die Verwirkung der Ansprüche des Geschädigten.⁵⁴¹ Erfährt der Kontoinhaber von einem ohne seine Autorisierung durchgeführten Zahlungsvorgang, hat er seine Bank hierüber unverzüglich in Kenntnis zu setzen. Kommt er dieser Verpflichtung nicht oder nicht rechtzeitig nach und lässt die Bank dadurch in dem Glauben, die Zahlungstransaktion sei ohne Unregelmäßigkeiten und mit Autorisierung des Berechtigten durchgeführt worden und vereitelt er dadurch die Regressnahme der Bank gegen den Missbrauchstäter, entsteht durch diese Pflichtverletzung nicht nur ein Schadensersatzanspruch zugunsten der geschädigten Bank, sondern der ursprünglich bestehende Schadensersatzanspruch des Kunden gilt auch als verwirkt.⁵⁴²

III. Zahlungskarten

1. Einführung

Von der Debitkarte (*debit card* oder *EFTPOS*⁵⁴³ *card*) und der Kreditkarte (*credit card*)⁵⁴⁴ ist im englischen Zahlungskartenrecht die Chargekarte (*charge card*)⁵⁴⁵ zu unterscheiden. Wegen Identität von rechtlicher Grundstruktur und Verwendungsablauf wird die Chargekarte in der Literatur als Unterfall der Kreditkarte betrachtet.⁵⁴⁶ Das entscheidende Abgrenzungskriterium zwischen beiden Kartentypen liegt darin, dass der Inhaber einer Chargekarte nach Rechnungsstellung den gesamten Betrag aller Umsätze aus dem Abrechnungszeitraum vollständig an den Kartenemittenten zu entrichten hat, während der Kreditkarteninhaber nach Rechnungsstellung zwar zur Zahlung des gesamten Betrags berechtigt, jedoch nicht verpflichtet ist.⁵⁴⁷ Zwingend hat er unmittelbar nach der Rechnungsstellung in der Regel lediglich einen vertraglich festgelegten prozentualen Anteil der Umsätze aus den Kreditkartengeschäften an den Emittenten zu entrichten.⁵⁴⁸ Zahlt der Karteninhaber nur diesen Teilbetrag, räumt der Kartenemittent dem Kreditkarteninhaber für den Restbetrag unter emissionsvertraglich vereinbarter Verzinsung einen Kredit ein.⁵⁴⁹

Umfassende spezialgesetzliche Regelungswerke bestehen weder für Zahlungskarten generell noch für die unterschiedlichen Erscheinungsformen der Zahlungskarten im Einzelnen. Geprägt ist das Recht der Zahlungskarten stattdessen durch das allgemeine Vertragsrecht und die Anwendung einzelner spezialgesetzlicher Bestimmungen, insbesondere verbraucherschutzrechtlichen Charakters. Eine entscheidende Rolle spielen die *Unfair Terms in Consumer Contracts Regulations 1999*, der *Unfair Contract Terms Act 1977*, der *Consumer Credit Act 1974* sowie der *Banking Code* und der

⁵⁴¹ Die wesentlichen Voraussetzungen des *Estoppel*-Prinzips finden sich zusammengefasst von Lord Birkenhead im Urteil zum Fall *Macleine v Gatty*, A.C. 1921, Band 1, 376, 386: „where A has by his words or conduct justified B in believing that a certain state of facts exists, and B has acted upon such belief to his prejudice, A is not permitted to affirm against B that a different state of facts existed at the same time”.

⁵⁴² Im Fall *Greenwood v Martins Bank Ltd* (A.C. 1933, 51) erfuhr der Anspruchsteller, dass seine Gattin auf einem Scheck seine Unterschrift gefälscht hatte. Auf Drängen seiner Frau benachrichtigte er die kontoführende Bank jedoch nicht sofort. Erst als seine Frau verstarb, machte er gegenüber der Bank geltend, die Verstorbene habe nicht im Rahmen ihrer Vollmacht gehandelt. Das Gericht entschied wegen Verwirkung des Anspruchs zugunsten der Bank.

⁵⁴³ Electronic funds transfer at point-of-sale.

⁵⁴⁴ Z.B. Visa und MasterCard.

⁵⁴⁵ Z.B. American Express und Diner's Club in Großbritannien.

⁵⁴⁶ Ellinger/Lomnicka/Hooley, Ellinger's Modern Banking Law, S.582; Brindle/Cox, Law of Bank Payment, S.187, Rn.4-001.

⁵⁴⁷ Brindle/Cox, Law of Bank Payments, S.214 Rn.4-035.

⁵⁴⁸ Brindle/Cox, Law of Bank Payments, S.214 Rn.4-035; Ellinger/Lomnicka/Hooley, Ellinger's Modern Banking Law, S.582.

⁵⁴⁹ Ellinger/Lomnicka/Hooley, Ellinger's Modern Banking Law, S.582.

Business Banking Code.⁵⁵⁰ Zur Ausgestaltung des Rechtsverhältnisses mit dem Karteninhaber verwendet der Kartenemittent regelmäßig Standardverträge, die sich unter den verschiedenen Kartenanbietern zwar im Detail voneinander unterscheiden, deren Regelungsgehalt üblicherweise jedoch nahezu identisch ist.⁵⁵¹

2. Die Kreditkarte

Ablauf und rechtliche Grundstruktur des Kreditkartengeschäfts in England unterscheiden sich nicht wesentlich von den Ausführungen zum deutschen Recht, sodass auf weitere Ausführungen an dieser Stelle verzichtet werden kann.⁵⁵² Zur Zuordnung des Drittmissbrauchsrisikos enthalten sowohl *Consumer Credit Act 1974* als auch *Banking* und *Business Banking Code* ausdrückliche Regelungen. Sofern die Anwendung dieser Spezialbestimmungen ausscheidet, bestimmt sich die Haftungsrisikoverteilung nach den allgemeinen vertragsrechtlichen Grundsätzen.

a. Haftungsrelevanz des Consumer Credit Act 1974

1.) Anwendung auf Sachverhalte des Kreditkartenmissbrauchs

Nach ihrem Wortlaut regeln die §§ 83, 84 des *Consumer Credit Act 1974*⁵⁵³ (kurz: CCA)⁵⁵⁴ die Haftung für Drittmissbrauch von Medien, durch die der berechtigte Inhaber sich einen Kredit einräumen lassen kann (*credit facilities* und *credit tokens*). Die Vorschriften sind allerdings ausschließlich anwendbar auf Verbraucherkreditverträge (*consumer credit agreements*, § 83 CCA) und *credit token agreements* (§ 84 CCA). Da der Großteil der Kreditkartenverträge gemäß der jeweiligen Legaldefinition sowohl als *consumer credit agreement*⁵⁵⁵ als auch als *credit token agreement*⁵⁵⁶ einzuordnen sind, ist der Anwendungsbereich der Vorschriften in aller Regel eröffnet.⁵⁵⁷ Einzelne Emissionsverträge erfüllen jedoch nicht alle erforderlichen Voraussetzungen, sodass eine Anwendung der spezialgesetzlichen Vorschriften des CCA ausscheidet: Beide Vertragsformen setzen voraus, dass der Kreditnehmer eine „Person“ (*individual*) ist.⁵⁵⁸ Dazu zählen gemäß § 1 des CCA 2006 neben natürlichen Personen auch Personengesellschaften (*partnerships*), die aus zwei oder drei Personen bestehen, von denen zumindest eine keine Körperschaft (*body corporate*) ist. Außerdem werden

⁵⁵⁰ *Hapgood*, *Paget's Law of Banking*, S.439 ff.; *Brindle/Cox*, *Law of Bank Payments*, S.218 Rn.4-040, S.250 Rn.4-074.

⁵⁵¹ *Brindle/Cox*, *Law of Bank Payments*, S.187 Rn.4-001.

⁵⁵² Vgl. Ausführungen in *Hapgood*, *Paget's Law of Banking*, S.349 f., mit Bezugnahme auf die prägnanten Erläuterungen des Kreditkartengeschäfts von *Sir Nicholas Browne-Wilkinson* in *Re Charge Card Services*, A.E.R. 1988, Band 3, 702, 705.

⁵⁵³ Das Verbrauchergesetz von 1974 wurde durch den *Consumer Credit Act 2006* reformiert, dem durch königliche Zustimmung am 30. März 2006 Gesetzeskraft verliehen wurde. Trotzdem soll weiterhin vom *Consumer Credit Act 1974* die Rede sein, da das Gesetz von 1974 unbeschadet der Änderungen durch das Änderungsgesetz von 2006 weiterhin bestehen bleibt.

⁵⁵⁴ Der *Consumer Credit Act 1974* ist gegliedert in „sections“, die in den folgenden Ausführungen als §§ bezeichnet werden.

⁵⁵⁵ Legaldefiniert in § 8 CCA.

⁵⁵⁶ Legaldefiniert in § 14 II CCA als Kreditvertrag für die Gewährung eines Kredits in Verbindung mit der Verwendung eines entsprechenden Mediums (*credit token*). *Credit token* wird seinerseits in § 14 I CCA definiert und im Wesentlichen bezeichnet als Gegenstand aus Papier oder Plastik, der einen Kredit gewährt oder zur Gewährung eines Kredits dient (*Goode*, *Consumer Credit Law and Practice*, Band 1, IC[25.68]).

⁵⁵⁷ *Brindle/Cox*, *Law of bank payments*, S.239 Rn.4-065.

⁵⁵⁸ Vgl. Legaldefinitionen in §§ 8, 14 I, II CCA. Die Begrifflichkeit *individual* ist für das Verbraucherschutzrecht eigentlich unüblich, sodass in der Literatur z.T. kritisiert wurde, dass durch die CCA-Reform von 2006 diese Uneinheitlichkeit nicht durch die Formulierung *consumer* ersetzt wurde (vgl. *Goode*, *Consumer Credit Law and Practice*, Band 1, IC[23.49]).

sonstige nicht körperschaftlich organisierte juristische Personen (*unincorporated bodies of persons*) erfasst, sofern sie nicht ausschließlich aus Körperschaften bestehen.

Mit anderen Worten: Schließt der Kreditkartenemittent den Kreditkartenvertrag mit einer Körperschaft oder einer Personengesellschaft bestehend aus mehr als drei Personen oder mit irgendeiner nicht körperschaftlich organisierten juristischen Person, die ausschließlich aus Körperschaften besteht, ist die Anwendung der §§ 83, 84 CCA ausgeschlossen.

2.) Haftungsregelungen

Im CCA werden regelmäßig die Begriffe Schuldner und Gläubiger verwendet. Schuldner ist in diesem Zusammenhang der Kreditnehmer, denn er schuldet dem Kreditgeber die Rückzahlung des Kredits. „Gläubiger“ ist folglich der Kreditgeber, vorliegend also die kreditkartenemittierende Bank. Ausgeschlossen ist die Haftung des Schuldners gegenüber dem Gläubiger im Rahmen eines Verbraucherkreditvertrags gemäß § 83 I CCA immer dann, wenn der Schaden durch Verwendung des „Instruments zur Kreditbeschaffung“ (*credit facility*) von einer Person verursacht wird, die weder als Vertreter des Schuldners handelt noch als solcher zu behandeln ist. Sowohl *credit facilities* als auch *credit tokens* erfassen definitorisch die Kreditkarte, wobei der Begriff *credit facility* wesentlich weiter gefasst ist.⁵⁵⁹

Diese Haftungsfreistellung ist Ausdruck der bankrechtlichen „*mandate rule*“, der zufolge ein Konto nur nach Autorisierung des Kontoinhabers belastet werden darf.⁵⁶⁰ Allerdings geht die Haftungsbeschränkung über diese Regelung hinaus, da sie der Bank nicht nur das Recht zur Belastung des Bankkontos versagt, sondern sich darüber hinaus auch auf alle anderen Ansprüche des Gläubigers gegen den Schuldner erstreckt, welche den durch die unautorisierte Zahlung verursachten Schaden der Bank betreffen. Deshalb scheidet nach § 83 CCA auch jeder Schadensersatzanspruch der Bank gegen den Kreditkarteninhaber aus, der sich auf einen durch den unautorisierten Zahlungsvorgang verursachten Schaden bezieht.⁵⁶¹

Ausgeschlossen ist die umfängliche Haftungsfreistellung des Schuldners zum einen, wenn der Missbrauchstäter als Bevollmächtigter (*agent*) des Schuldners handelte,⁵⁶² also in Fällen des Missbrauchs oder der Überschreitung der Vertretungsmacht.⁵⁶³ Zum anderen ist der Schuldner dann nicht von der Haftung befreit, wenn der Missbrauchstäter wie ein Bevollmächtigter zu behandeln ist,⁵⁶⁴ also dem Schuldner das Handeln des Täters über die Grundsätze der Anscheinsvollmacht (*ostensible authority*)⁵⁶⁵ oder aufgrund schlüssigen Verhaltens (*agency by estoppel*)⁵⁶⁶ zuzurechnen ist.⁵⁶⁷

Da es sich bei der Kreditkarte um ein *credit token* handelt, findet bei deren Missbrauch ergänzend zu § 83 CCA auch § 84 CCA als Spezialvorschrift für *credit token agreements* Anwendung. § 84 CCA sieht zwei Ausnahmen von der Haftungsfreistellung des § 83 CCA vor: Zum einen wird sie gemäß § 84 I CC partiell aufgehoben, indem der Inhaber einer Kreditkarte für deren Missbrauch gegenüber der Bank bis zu einem Betrag von £ 50 (bzw. zur Höhe des Kreditlimits, wenn dieses £

⁵⁵⁹ Vgl. Legaldefinition gemäß § 14 I CCA.

⁵⁶⁰ Goode, Consumer Credit Law and Practice, Band 2, IIB[5.163].

⁵⁶¹ Goode, Consumer Credit Law and Practice, Band 2, IIB[5.163].

⁵⁶² § 83 I Hs 2, Var 1 CCA.

⁵⁶³ Vgl. hierzu ausführlich *Furmston*, *Furmston's Law of Contract*, S.627 ff.

⁵⁶⁴ § 83 I Hs 2, Var 2 CCA.

⁵⁶⁵ Zu den Voraussetzungen der ostensible authority vgl. anschaulich *Freeman and Lockyer v Buckhurst Park Properties (Magna) Ltd*, Q.B.1964, Band 2, 480, 503.

⁵⁶⁶ Vgl. *Furmston*, *Furmston's Law of Contracts*, S.606 f.; *Richards*, *Law of Contract*, S.443 f.

⁵⁶⁷ Goode, Consumer Credit Law and Practice, Band 2, IIB[5.163].

50 unterschreitet) haftbar bleibt.⁵⁶⁸ In der Literatur wird zum Teil vertreten, dass diese Regelung den Kartenemittenten lediglich ermächtigt, im Kartenemissionsvertrag eine Haftung des Karteninhabers bis zu einem Betrag von £ 50 festzulegen. Macht der Kartenemittent von diesem Recht keinen Gebrauch und schweigt der Kartenemissionsvertrag hinsichtlich der Haftung des Karteninhabers, scheidet eine Haftung auch bei einem *credit token agreement* wie dem Kreditkartenemissionsvertrag nach dieser Ansicht weiterhin gemäß § 83 I CCA aus.⁵⁶⁹ Diese Interpretation der Vorschrift lässt sich aufgrund ihres Wortlauts jedoch schwer nachvollziehen. Vielmehr zielt dieser darauf ab, dem Karteninhaber gesetzlich eine Haftung nach den allgemeinen Regeln aufzuerlegen, ohne dass der Kartenemittent diese vertraglich ausdrücklich wiederholen muss. Das bedeutet, dass die Vorschrift des § 84 I CCA zwar nicht *ipso iure* einen Anspruch des Kartenemittenten gegen den Karteninhaber begründet. Liegen jedoch nach allgemeinen Regeln die Voraussetzungen für einen Schadensersatzanspruch vor, kann der Kartenemittent ohne weitere vertragliche Vereinbarungen den Schadensersatzanspruch bis zu einer Höhe von maximal £ 50 geltend machen.⁵⁷⁰

Zum anderen findet die Haftungsfreistellung des § 83 CCA keine Anwendung, wenn der Missbrauchstäter den Besitz der Kreditkarte mit der Zustimmung des berechtigten Karteninhabers erlangt hat.⁵⁷¹ Auch in diesem Fall haftet der Karteninhaber gegenüber dem Emittenten nach allgemeinen Grundsätzen.⁵⁷²

Diese beiden Ausnahmen von § 83 CCA gelten allerdings nur bis zur mündlichen oder schriftlichen Verlustmeldung des Karteninhabers gegenüber dem Kartenemittenten. Entscheidend ist dabei der Zeitpunkt des Zugangs der Meldung.⁵⁷³ Sofern der Emissionsvertrag eine entsprechende Klausel vorsieht, hat die mündliche Verlustmeldung des Karteninhabers nur dann haftungsausschließende Wirkung, wenn dieser dem Kartenemittenten innerhalb von sieben Tagen eine schriftliche Bestätigung des Verlustes zukommen lässt.⁵⁷⁴ Kommt der berechtigte Karteninhaber dieser Pflicht nicht fristgemäß nach, wird die mündliche Verlustmeldung unwirksam und der Kartenemittent kann den berechtigten Karteninhaber bis zum Zugang der verspäteten schriftlichen Mitteilung haftbar machen.⁵⁷⁵ Die verfristete schriftliche Bestätigung gilt dann wie eine reguläre schriftliche Verlustmeldung, ab der die Haftung des Karteninhabers für alle zukünftigen Schäden ausgeschlossen ist.⁵⁷⁶

Damit der Karteninhaber zur Schadloshaltung mit dem Kartenemittenten in Kontakt treten kann, müssen im Emissionsvertrag Name, Adresse und Telefonnummer einer Bezugsperson vermerkt sein. Mangelt es dem Vertrag an diesen Informationen, sind die Ausnahmebestimmungen des § 84 I, II CCA ausgeschlossen und der Haftungsausschluss des Kreditkarteninhabers gemäß § 83 CCA gilt uneingeschränkt.⁵⁷⁷

⁵⁶⁸ § 84 I CCA.

⁵⁶⁹ *Ellinger/Lomnicka/Hooley*, *Ellinger's Banking Law*, S.604; so wohl auch *Brindle/Cox*, *Law of Bank Payments*, S.234 Rn.4-061.

⁵⁷⁰ So auch *Goode*, *Consumer Credit Law and Practice*, Band 1, IC[39.29].

⁵⁷¹ Unerheblich ist dabei, ob der berechtigte Karteninhaber dem Dritten die Kreditkarte gänzlich ohne Erlaubnis zur Verwendung überlässt, oder er dem Dritte die Karte zur Verwendung bis zu einem bestimmten Betrag überlässt, den der Dritte anschließend in Missbrauchsabsicht überschreitet (vgl. *Goode*, *Consumer Credit Law and Practice*, Band 2, IIB[5.164]).

⁵⁷² § 84 II CCA.

⁵⁷³ § 84 V CCA.

⁵⁷⁴ § 84 V CCA. Der Tag der mündlichen Mitteilung ist von der siebentägigen Frist ausgeschlossen, d.h. „Fristbeginn ist der Folgetag (vgl. *Goldsmith's Co v West Metropolitan Rly Co*, K.B. 1904, Band 1, 1, 5; dort allgemein zum Fristbeginn, der durch eine bestimmte Handlung oder ein Ereignis ausgelöst wird).

⁵⁷⁵ *Brindle/Cox*, *Law of Bank Payments*, S.234 Rn.4-061.

⁵⁷⁶ *Goode*, *Consumer Credit Act Law and Practice*, Band 2, IIB[5.163].

⁵⁷⁷ § 84 IV CCA.

Die in § 84 I, II CCA bezeichneten Ausnahmen von der Haftungsbeschränkung des § 83 CCA finden außerdem zum einen gemäß § 84 IIIA CCA keine Anwendung, wenn die Kartendaten von einem Unberechtigten in einem Fernabsatzvertrag (*distance contract*) im Sinne der *Consumer Protection (Distance Selling) Regulations 2000* (kurz: CPDSR) verwendet wurden, sofern es sich nicht um einen vom Anwendungsbereich der CPDSR ausgenommenen Vertrag (*excepted contract*) handelt.⁵⁷⁸ Unanwendbar sind § 84 I, II CCA ferner im Rahmen von Fernabsatzverträgen im Sinne der *Financial Services (Distance Marketing) Regulations 2004*.⁵⁷⁹ Mit anderen Worten: Verwendet der Missbrauchstäter die Kreditkarte, um die Schuld aus einem der genannten Fernabsatzverträge zu begleichen, ist die Haftung des Karteninhabers wegen Nichtanwendung von § 84 I, II CCA gemäß § 83 I CCA vollumfänglich ausgeschlossen.

Im Ergebnis ordnet die Regelungsstruktur der §§ 83, 84 CCA grundsätzlich dem Kartenemittenten die Haftung für Kreditkartendrittmisbrauch zu. Nur wenn der Kreditkarteninhaber selbst die Karte weitergereicht und damit den Missbrauch ermöglicht hat, trifft ihn die volle Haftung für die finanziellen Verluste der Bank. Der Kartenemittent kann den Karteninhaber jedoch nach allgemeinen Grundsätzen bis zu einem Höchstbetrag von £ 50 in die Haftung nehmen. In der Praxis verzichtet er allerdings häufig auf die Geltendmachung dieses Anspruchs, um das Kundenverhältnis nicht zu belasten. Zudem wird sich der Aufwand zur Einklagung dieses geringen Betrags im Streitfall für den Emittenten mit Blick auf das allgemeine Prozessrisiko selten lohnen.⁵⁸⁰

Die Haftungsrisikoverteilung des *Consumer Credit Act 1974* lässt sich vom Kartenemittenten nicht vertraglich abbedingen. Mit den verbraucherschützenden Bestimmungen des *Consumer Credit Act 1974* unvereinbare Klauseln des Emissionsvertrages sind ungültig.⁵⁸¹ Bereits Vertragsbestimmungen zur Haftung des Kreditkarteninhabers, die „darauf hindeuten, dass sie ihm direkt oder indirekt eine zusätzliche Haftungsverpflichtung auferlegen“, gelten in diesem Zusammenhang als mit dem *Consumer Credit Act 1974* unvereinbar.⁵⁸²

Als Grund für die umfängliche Missbrauchshaftung des Kartenemittenten nach den Vorschriften des *Consumer Credit Act 1974* wird in der Literatur zum einen auf die Rolle der Bank als gegenüber dem Kunden gewinnerwirtschaftendes Unternehmen abgestellt.⁵⁸³ Zum anderen sei nur die Bank zur Schließung der großen Sicherheitslücken in der Kreditkartenzahlungsinfrastruktur imstande.⁵⁸⁴

b. Haftungsrelevanz des *Banking Code*

Bei der überwiegenden Anzahl der Kreditkartenmissbrauchsfälle scheidet die Anwendung des *Banking Code* (BC)⁵⁸⁵ aufgrund seiner Subsidiarität gegenüber dem *Consumer Credit Act 1974* aus.⁵⁸⁶

⁵⁷⁸ § 84 IIIB CCA. Nach § 3 I CPDSR ist ein Fernabsatzvertrag wie folgt definiert: “distance contract” means any contract concerning goods or services concluded between a supplier and a consumer under an organised distance sales or service provision scheme run by the supplier who, for the purpose of the contract, makes exclusive use of one or more means of distance communication up to and including the moment at which the contract is concluded.” Welche Verträge als *excepted contracts* von der Regelung des § 84 IIIA CCA ausgeschlossen sind, richtet sich nach § 5 I CPDSR, in dem eine Reihe von Vertragstypen abschließend als *excepted contracts* genannt sind.

⁵⁷⁹ § 84 IIIC CCA. Nach § 2 *Financial Services (Distance Marketing) Regulations 2004* ist ein Fernabsatzvertrag im Sinne dieses Regelungswerks definiert als “any contract concerning one or more financial services concluded between a supplier and a consumer under an organised distance sales or service-provision scheme run by the supplier or by an intermediary, who, for the purpose of that contract, makes exclusive use of one or more means of distance communication up to and including the time at which the contract is concluded.”

⁵⁸⁰ *Brindle/Cox*, Law of Banking Payments, S.234, 235 Rn.4-061.

⁵⁸¹ § 173 I CCA.

⁵⁸² § 173 II CCA.

⁵⁸³ *Brindle/Cox*, S.235 Rn.4-061.

⁵⁸⁴ *Frazer*, Plastic and Electronic Money, S.148.

⁵⁸⁵ Vgl. zum Rechtscharakter des *Banking Codes* unten in Kap.2 B. 3. b. 2.) b.).

Allein außerhalb des Anwendungsbereichs des *Consumer Credit Act 1974* können die Regelungen des *Banking Code* eingreifen. Denkbar ist seine Anwendung insofern vor allem in zwei Fallkonstellationen:

Zum einen scheidet die Anwendung des *Consumer Credit Act 1974* aus, wenn Inhaber der Kreditkarte eine Körperschaft, eine Personengesellschaft mit mehr als drei Gesellschaftern oder eine sonstige nicht körperschaftlich organisierte juristische Person ist, die ausschließlich aus Körperschaften besteht.⁵⁸⁷ Gemäß § 1.1 BC umfasst der Regelungsbereich des *Banking Code* jedoch nur solche Sachverhalte, in denen die Bank gegenüber einem Privatkunden (*personal customer*) geschäftlich tätig wird. Dieser wird im Glossar des *Banking Code* definiert als „jede Person, die nicht zu beruflichen oder geschäftlichen Zwecken handelt“.⁵⁸⁸ Schließt eine der oben genannten juristischen Personen mit dem Kartenemittenten einen Kreditkartenemissionsvertrag, geschieht dies hingegen in aller Regel im Rahmen ihrer geschäftlichen Tätigkeiten, sodass auch die Anwendung des *Banking Code* ausscheidet.

Die Anwendung des *Consumer Credit Act 1974* scheidet zum anderen aus, wenn der im Emissionsvertrag vereinbarte maximale Kreditrahmen den Betrag von £ 25.000 überschreitet.⁵⁸⁹ In der Praxis ist dies jedoch selten der Fall, sodass auf eine Anwendung der Haftungsbestimmungen des *Banking Code* auf Kreditkartenmissbrauchsfälle an dieser Stelle nicht näher eingegangen werden soll.⁵⁹⁰

c. Haftungsrelevanz des *Business Banking Code*

In Betracht kommt in beiden genannten Fällen allerdings der Rückgriff auf den *Business Banking Code* (kurz: BBC),⁵⁹¹ dessen Anwendungsbereich das Verhältnis zwischen Banken und gewerblichen Kunden (*business customers*) betrifft.⁵⁹² Im Glossar des *Business Banking Code* werden diese definiert als „Kunden, die kein Privatkonto unterhalten und einen Jahresumsatz von unter einer Million Pfund aufweisen (oder Einkünfte von unter einer Million Pfund haben, sofern es sich um gemeinnützige Einrichtungen (*charities*) oder Vereine handelt)“.

Wie der *Banking Code* ist auch der *Business Banking Code* eine freiwillige Vereinbarung zwischen den englischen Kreditinstituten. Da er sich vom *Banking Code* weder in seiner Rechtsnatur noch hinsichtlich der inhaltlichen Regelungen zur Haftungsrisikoverteilung bei Kartenmissbrauch unterscheidet,⁵⁹³ kann auf die Ausführungen zum *Banking Code* verwiesen werden.⁵⁹⁴

⁵⁸⁶ Ellinger/Lomnicka/Hooley, Ellinger's Modern Banking Law, S.613.

⁵⁸⁷ Vgl. oben in Kap.2 B. III. 2. a. 1.).

⁵⁸⁸ „Any person who is acting for purposes which are not linked to their trade, business or profession“.

⁵⁸⁹ § 8 II CCA 1974.

⁵⁹⁰ Sofern der Kreditrahmen £ 25.000 ausnahmsweise überschreitet, ist zu verweisen auf die Ausführungen zur Chargekarte, da die Regelungen zur Haftungsrisikoverteilung bei Zahlungskartenmissbrauch im *Banking Code* nicht zwischen Chargekarte und Kreditkarte unterscheiden.

⁵⁹¹ In seiner aktuellen Fassung vom März 2005 abgedruckt in Goode, Consumer Credit Law and Practice, Band 4, VI-II[5B].

⁵⁹² Kap.1, § 1.1 BBC.

⁵⁹³ Ellinger/Lomnicka/Hooley, Ellinger's Modern Banking Law, S.63. Hinsichtlich Haftungsregelungen vgl. Kap.12 § 12.11, 12 aus BC und BBC und hinsichtlich der Sorgfaltspflichten Kap.12 § 12.5 aus BC und BBC.

⁵⁹⁴ Siehe unten in Kap.2 B. III. 3. b. 2.) c.).

d. Haftung nach allgemeinen Grundsätzen

1.) Anwendung des allgemeinen Vertragsrechts

Nur soweit die spezialgesetzlichen Vorschriften des *Consumer Credit Act 1974* unanwendbar sind und auch die Regelungen aus dem *Business Banking Code* nicht eingreifen,⁵⁹⁵ ist auf die allgemeinen Grundsätze des Vertragsrechts zurückzugreifen. Dies ist insbesondere der Fall, wenn berechtigter Kreditkarteninhaber eine Gesellschaft mit einem Jahresumsatz von mindestens einer Million Pfund ist. Die Haftung richtet sich dann zunächst nach den Vereinbarungen des Emissionsvertrags. Da in der Praxis seitens des Kartenemittenten üblicherweise vorgedruckte Standardverträge verwendet werden,⁵⁹⁶ sind die Vorschriften des *Unfair Contract Terms Act 1977* zu beachten.

Sofern keine vertraglichen Haftungsregelungen für Missbrauchsfälle zwischen Karteninhaber und Kartenemittent getroffen wurden, richtet sich die Haftungsrisikoverteilung nach den übrigen Vereinbarungen aus dem Emissionsvertrag. Üblicherweise ist der Kartenemittent aus dem Vertrag ausschließlich dazu berechtigt, dem Karteninhaber solche Umsätze in Rechnung zu stellen, denen eine dem Karteninhaber zurechenbare Verwendung der Kreditkarte zugrunde liegt.⁵⁹⁷ War der Missbrauchstäter nicht vom Karteninhaber zur Verwendung der Karte autorisiert, kann sie dem Karteninhaber in der Regel auch nicht zugerechnet werden. Der Karteninhaber muss dann folglich auch nicht für die Umsätze aus der missbräuchlichen Verwendung aufkommen und der Kartenemittent hat keinen vertraglichen Anspruch gegen den Karteninhaber. Eine Zurechnung der unautorisierten Verwendung kommt ausnahmsweise nach den Grundsätzen der Anscheinsvollmacht (*ostensible authority*) in Betracht.

Festhalten lässt sich insofern als Grundsatz, dass – unbeschadet abweichender Einzelfälle – zunächst der Kartenemittent das Haftungsrisiko für den Missbrauch der Kreditkarte trägt.

2.) Schadensersatzhaftung

Der Kartenemittent kann den Karteninhaber jedoch schadensersatzpflichtig machen, wenn dieser eine Vertragsverletzung begangen oder fahrlässig gehandelt hat.⁵⁹⁸

a.) Schadensersatz wegen Vertragsverletzung (*breach of contract*)

Grundsätzlich gilt im *Common Law* die Regel, dass eine Vertragspartei der anderen diejenigen Schäden zu ersetzen hat, die ihr durch Nichteinhaltung der vertraglichen Pflichten entstehen. Sofern eine Entschädigung in Geld möglich ist, ist die geschädigte Partei finanziell so zu stellen, wie sie bei ordnungsmäßiger Vertragserfüllung gestanden hätte.⁵⁹⁹ Voraussetzungen für diesen Anspruch sind lediglich die Verletzung einer vertraglichen Pflicht durch den Schädiger sowie ein kausaler Schaden beim Geschädigten. Im Rahmen des Kreditkartenmissbrauchs liegt der Schaden regelmäßig im Verlust des mit der Kreditkarte unberechtigtweise umgesetzten Zahlungsbetrags.

In der Praxis sind im Kreditkartenemissionsvertrag üblicherweise eine Reihe von Pflichten des Karteninhabers in Bezug auf die Aufbewahrung und den Umgang mit Kreditkarte und PIN aufgeführt⁶⁰⁰ sowie die Pflicht zur unmittelbaren Benachrichtigung der Bank für den Fall, dass der Karteninhaber

⁵⁹⁵ Zur Einbeziehung der Regelungen des *Business Banking Code* in das Verhältnis zwischen Kartenemittent und Karteninhaber vgl. die Ausführungen zum *Banking Code* (siehe unten in Kap.2 B. III. 3. b. 2.)).

⁵⁹⁶ *Wadsley/Penn*, The law relating to domestic banking, S.469 Rn.15-07.

⁵⁹⁷ *Sayer*, Credit Cards and the Law, S.101.

⁵⁹⁸ *Sayer*, The Law of Credit Cards, S.101.

⁵⁹⁹ *Robinson v Harman*, E.R. 1848 (154), 363, 365.

⁶⁰⁰ *Ellinger/Lomnicka/Hooley*, Ellinger's Modern Banking Law, S.612.

der Karte durch Diebstahl oder auf anderem Wege verlustig geworden ist oder wenn eine dritte Person von der PIN Kenntnis genommen hat.⁶⁰¹ Verstößt der Karteninhaber gegen eine dieser Pflichten, kann der Kartenemittent gegen ihn einen Anspruch wegen Vertragsverletzung (*breach of contract*) vorbringen und ihn schadensersatzpflichtig machen.

Der Geltendmachung eines Schadensersatzanspruchs können ausnahmsweise allerdings die *mitigation rule* und die *remoteness rule* entgegenstehen.⁶⁰² Beim herkömmlichen Drittmisbrauch einer Kreditkarte werden sie in der Regel jedoch nicht einschlägig sein.

b.) Deliktischer Schadensersatz wegen Fahrlässigkeit (*tort of negligence*)

Neben vertraglichen Schadensersatzansprüchen kann der Kartenemittent unter gewissen Umständen gegen den Karteninhaber einen deliktischen Schadensersatzanspruch aus *law of tort* wegen Fahrlässigkeit geltend machen (*tort of negligence*). Für einen solchen Anspruch sind drei Voraussetzungen erforderlich: die Pflicht des Karteninhabers zur Einhaltung einer gewissen Sorgfalt (*duty of care*), die Pflichtverletzung durch fahrlässiges Handeln (*negligence*) und ein kausaler Schaden (*damage*).

Nach der Grundsatzrechtsprechung im Fall *Heaven v Pender*⁶⁰³ aus dem Jahre 1883 entsteht eine *duty of care* immer dann, wenn eine Situation zur Vermeidung von Schäden anderer Personen erkennbar die Anwendung gewisser Sorgfalt gebietet.⁶⁰⁴ Die Rechtsprechung hat diese Formel im Laufe der Jahre zu folgendem Dreisatz konkretisiert: Die Möglichkeit des Schadenseintritts muss vorhersehbar (*foreseeability*) und nahe liegend (*proximity*) sein und die Annahme einer Sorgfaltspflicht muss fair, gerecht und vernünftig sein (*fairness, justice and reasonableness of duty*).⁶⁰⁵

Es ist gemeinhin bekannt, dass gerade die Kreditkarte wegen ihres bescheidenen Sicherheitskonzepts der missbräuchlichen Verwendung durch Dritte in besonders hohem Maß zugänglich ist.⁶⁰⁶ Auch ist offensichtlich, dass Drittmisbrauch den Kartenemittenten finanziell schädigt und dieser sich ohne Mitwirkung des Karteninhabers nicht vor durch Drittmisbrauch verursachten Schäden schützen kann. Insofern ist die Möglichkeit eines Schadenseintritts bei Sorglosigkeit im Umgang mit der Kreditkarte nahe liegend und für ihren Inhaber vorhersehbar.

Ferner ist zu beachten, dass allein der Karteninhaber Verfügungsgewalt über die Kreditkarte hat und daher nur er die Karte durch ordnungsmäßiges Verhalten vor Missbrauch schützen kann. Aufgrund des Wesens der Kreditkarte als Massenzahlungsinstrument kann dem Karteninhaber allerdings nicht auferlegt werden, aufwendige Schutzmaßnahmen zu ergreifen, um die Karte vor Missbrauch zu schützen, schließlich liegt der Vorteil der Kreditkarte für den Karteninhaber gerade in der Vereinfachung von Zahlungstransaktionen durch die alltägliche zeitsparende Verwendung der Kreditkarte. Vor diesem Hintergrund ist es fair und vernünftig, dem Karteninhaber im Umgang mit der Kreditkarte im täglichen Gebrauch eine gesunde Vorsicht und Sorgfalt abzuverlangen, ohne von ihm einen Aufwand einzufordern, der den typischen Gebrauch der Kreditkarte als Massenzahlungsmittel beeinträchtigen würde.

⁶⁰¹ *Brindle/Cox*, Law of Bank Payments, S.218 Rn.4-040 i.V.m. S.203 f. Rn.4-022.

⁶⁰² Siehe oben in Kap.2 B. II. 3. b. 3.).

⁶⁰³ Abgedr. in Q.B. 1883, 503 ff.

⁶⁰⁴ Vgl. *Heaven v Pender*, Q.B. 1883, 503, 509: "Whenever one person is by circumstances placed in such a position with regard to another that everyone of ordinary sense who did think would at once recognise that if he did not use ordinary care and skill in his own conduct with regard to those circumstances he would cause danger or injury to the person or property of the other, a duty arises to use ordinary care and skill to avoid such danger"; vgl. auch *Donoghue v Stevenson*, A.C. 1932, 562 ff.

⁶⁰⁵ *Lunney/Oliphant*, Tort Law, S.121.

⁶⁰⁶ Vgl. *Frazer*, Plastic and Electronic Money, S.149: "One judge said that every child of ten knew how to wipe the signature off a card. While denying that this was a precise statement of the case, the banks were forced to admit that cards were not as secure as they might be", siehe auch *Brindle/Cox*, Law of Bank Payments, S.233 Rn.4-061.

Aus diesem Grundgedanken ergeben sich in Analogie zu der Rechtsprechung im Wechselrecht zumindest zwei konkrete Pflichten: Erstens darf der Karteninhaber durch sorgloses Verhalten nicht Missbrauch ermöglichen. Zweitens muss der Karteninhaber nach bereits erfolgtem Kartenmissbrauch den Kartenemittenten hierüber informieren, sodass dieser entsprechende Schutzmaßnahmen zur Verhinderung weiterer Missbräuche treffen kann.⁶⁰⁷

e. Abweichende Regelungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen

Sofern vom Kartenemittenten haftungsmodifizierende Regelungen in den Kartenemissionsvertrag aufgenommen werden, richtet sich deren Zulässigkeit nach den *Unfair Terms in Consumer Contracts Regulations 1999* (kurz: UTCCR) und dem *Unfair Contract Terms Act 1977* (kurz: UCTA). Obwohl beide Regelwerke sich in Entstehungsgeschichte, Struktur und Konzeption unterscheiden, überschneiden sich ihre Anwendungsbereiche in weiten Teilen.⁶⁰⁸

Der UCTA hat einen rein nationalen Schöpfungshintergrund und entstand Stück für Stück zur Vermeidung unangemessener Benachteiligung von Vertragsparteien durch Freizeichnungsklauseln nach entsprechender Stellungnahme der britischen *Law Commission*.⁶⁰⁹ Der Titel des UCTA ist irreführend.⁶¹⁰ Statt einer allgemeinen Fairness-Kontrolle von Vertragsklauseln beschränkt sich seine Anwendung auf Ausschluss- und Freizeichnungsklauseln. Außerdem werden auch die vom Anwendungsbereich erfassten Vertragsvereinbarungen keinem Fairness-Test unterzogen, sondern ein Teil der Vertragsklauseln wird kompromisslos für ungültig erklärt, während andere Vereinbarungen auf ihre Angemessenheit überprüft werden. Der UCTA ist auf Verbraucherverträge und zahlreiche Verträge zwischen Unternehmen (insbesondere Standardverträge) anwendbar.⁶¹¹

Die UTCCR entstanden demgegenüber als nationales Umsetzungsgesetz der Europäischen Richtlinie über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen aus dem Jahr 1993. Ohne auf die bestehenden Regelungen des UCTA Rücksicht zu nehmen, wurden diese Regelungen im Wortlaut der Richtlinie in nationales Recht inkorporiert. Anwendung finden die Vorschriften des UTCCR ausschließlich auf einseitig eingebrachte Vertragsbestimmungen (*non-negotiated-terms*) in Verbraucherverträgen, sofern sie keine vertraglichen Hauptpflichten (*core terms*) betreffen. Während bestimmte Klauseln ausdrücklich in einem Katalog als *unfair* aufgelistet sind, ist die Angemessenheit der übrigen Klauseln im Anwendungsbereich des UTCCR einem individuellen *fairness*-Test zu unterziehen. Eine Überprüfung der Konformität von emissionsvertraglichen Haftungsbestimmung mit UCTA und UTCCR hat im Einzelfall zu erfolgen.

3. Die Chargekarte (*charge card*)

a. Einführung

Der praktische Verwendungsablauf einer Chargekartenzahlung unterscheidet sich nicht von demjenigen der Kreditkarte. Der wesentliche Unterschied zur (herkömmlichen) Kreditkarte besteht darin, dass dem Karteninhaber im Emissionsvertrag kein Recht eingeräumt wird, sich nach Ablauf eines Abrechnungszeitraums und der Rechnungsstellung einen Kredit vom Kartenemittenten einräumen zu lassen.⁶¹² Vielmehr hat der Karteninhaber alle im Abrechnungszeitraum mit der Chargekarte ge-

⁶⁰⁷ Sayer, Credit Cards and the Law, S.101.

⁶⁰⁸ Furmston, Furmston's Law of Contract, S.232; Chen-Wishart, Contract Law, S.439.

⁶⁰⁹ Chen-Wishart, Contract Law, S.439.

⁶¹⁰ Furmston, Furmston's Law of Contract, S.232.

⁶¹¹ Chen-Wishart, Contract Law, S.439

⁶¹² Brindle/Cox, Law of Bank Payments, S.242 Rn.4-067.

tätigten Umsätze unmittelbar nach Zustellung der Rechnung an den Kartenemittenten zu entrichten. Dieser Unterschied hat wesentliche Auswirkungen auf die Anwendung bestimmter Rechtsvorschriften über die Haftungsrisikoverteilung zwischen Kartenemittent und Karteninhaber bei Kartendrittmisbrauch:

b. Haftungsrisikoverteilung für Drittmisbrauch

1.) Haftungsrelevanz des Consumer Credit Act 1974

Chargekarten sind vom Anwendungsbereich des *Consumer Credit Act 1974* gemäß § 16 V a CCA i.V.m. § 3 I a ii *Consumer Credit (Exempt Agreements) Order 1989*⁶¹³ ausgeschlossen.⁶¹⁴ Aber auch ohne diese Regelung wären die Haftungsregelungen der §§ 83, 84 CCA auf Chargekartendrittmisbrauch nicht anwendbar,⁶¹⁵ denn diese Vorschriften setzen das Vorliegen eines *consumer credit agreement*⁶¹⁶ bzw. *credit token agreement*⁶¹⁷ voraus, welche übereinstimmend zwingend die Einräumung eines Kredits verlangen. Diese Voraussetzung ist bei dem Chargekartenemissionsvertrag jedoch gerade nicht erfüllt: Die Zahlungsverpflichtung des Chargekarteninhabers entsteht gemäß Kartenemissionsvertrag erst mit dem Zugang einer entsprechenden Zahlungsaufforderung seitens des Emittenten. Dieser erfolgt in der Regel nach Zusendung der Zahlungsaufstellungen am Ende eines Abrechnungszeitraums. Der Karteninhaber ist daraufhin verpflichtet, dem Emittenten ohne Einräumung eines Kredits den vollen Rechnungsbetrag zu bezahlen, sodass es sich bei dem Chargekartenemissionsvertrag weder um ein *credit token agreement* noch um ein *consumer credit agreement* handelt.⁶¹⁸

2.) Haftungsrelevanz des Banking Code

a.) Anwendbarkeit auf Chargekarten

Der Anwendungsbereich des *Banking Code* (kurz: BC)⁶¹⁹ ist gegenüber demjenigen des *Consumer Credit Act 1974* wesentlich weiter, denn gemäß Kap.I, § 1.1 BC erstreckt er sich generell auf Zahlungskarten (*cards*) und erfasst nach der Legaldefinition im Glossar explizit auch Chargekarten.

b.) Rechtsnatur des Banking Code

Bei dem *Banking Code* handelt es sich um einen Verhaltenskodex, der von nahezu allen englischen Banken und Sparkassen freiwillig unterzeichnet wurde.⁶²⁰ Er wurde in seiner Erstfassung 1992 mit dem Ziel eines Mindeststandards guten Bankgeschäftsverhaltens gegenüber den Kunden von den Spitzenverbänden des englischen Bankgewerbes geschaffen und seitdem durch regelmäßige Überarbeitungen aktualisiert.⁶²¹ Über seinen Rechtscharakter gibt der Text des *Banking Code* selbst nicht

⁶¹³ Abgedr. in *Goode, Consumer Credit Law and Practice*, Band 3, IIIG [11.81 ff].

⁶¹⁴ *Brindle/Cox, Law of Bank Payments*, S.242 Rn.4-067.

⁶¹⁵ *Brindle/Cox, Law of Bank Payments*, S.242 Rn.4-067.

⁶¹⁶ Vgl. Legaldefinition in § 8 II CCA: "A consumer credit agreement is a personal credit agreement by which the creditor provides the debtor with credit not exceeding £ 25,000".

⁶¹⁷ Vgl. Legaldefinition in § 189 CCA: "credit-token agreement means a regulated agreement for the provision of credit in connection with the use of a credit-token".

⁶¹⁸ *Brindle/Cox, Law of Bank Payments*, S.242 Rn.4-067; *Ellinger/Lomnicka/Hooley, Ellinger's Modern Banking Law*, S.602.

⁶¹⁹ Auch *Code of Banking Practice*; in aktueller Version (März 2008) zuletzt abgerufen am 18.03.2009 über www.bba.org.uk.

⁶²⁰ *Brindle/Cox, Law of Bank Payments*, S.250 Rn.4-074; *Ellinger/Lomnicka/Hooley, Ellinger's Modern Banking Law*, S.62.

⁶²¹ *Ellinger/Lomnicka/Hooley, Ellinger's Modern Banking Law*, S.62.

eindeutig Auskunft und in der Literatur ist er nicht unumstritten.⁶²² In seinem Einführungskapitel wird der *Banking Code* als „freiwilliger“ Kodex bezeichnet, was darauf schließen lassen könnte, dass die Unterzeichnerparteien gerade keine rechtliche Bindungswirkung der Regelungen erzeugen wollten.⁶²³ Auf der anderen Seite könnte diese Formulierung lediglich zum Ausdruck bringen, dass die Beteiligten den für sie rechtlich verbindlichen Verhaltenskodex nicht aufgrund gesetzlicher Verpflichtung, sondern auf rein freiwilliger Grundlage erarbeiteten und ratifizierten. Der Wortlaut des Einführungstexts des *Banking Code* allein lässt insofern keine eindeutigen Schlüsse auf seinen Rechtscharakter zu.

Rechtlich verbindlich wäre der *Banking Code* zumindest dann, wenn seine Bestimmungen regelmäßig Vertragsbestandteil eines Kartenemissionsvertrags werden. Zwar werden Vereinbarungen, deren vertragliche Einbeziehung die Beteiligten wünschen, in der Regel ausdrücklich mündlich oder schriftlich im Vertrag festgehalten. Der *Banking Code* wird in der Praxis demgegenüber üblicherweise nicht explizit zwischen Bank und Kunde erwähnt. Immer ist dies jedoch auch nicht erforderlich, denn in bestimmten Sachlagen gebietet der Situationskontext gewissen Regelungen auch ohne explizite vertragliche Einbeziehung durch die Vertragsparteien, stillschweigend als sogenannte *implied terms* Vertragsbestandteil zu werden.⁶²⁴

Vor diesem Hintergrund wird in der Literatur der Vorschlag gemacht, die Regelungen des *Banking Code* könnten als *implied terms* Bestandteil des Kartenemissionsvertrages werden, freilich unter dem Vorbehalt ihrer Vereinbarkeit mit den *Unfair Terms in Consumer Contracts Regulations 1999* und den *Unfair Contract Terms Act 1977*.⁶²⁵

Diesem Lösungsansatz ist dahingehend zuzustimmen, dass der *Banking Code* im Bank-Kunden-Verhältnis Rechtswirkung erzeugen muss: Zum einen adressieren die Unterzeichner des Übereinkommens ihre Versprechen des untadligen Verhaltens direkt an ihre Kunden.⁶²⁶ Diese Versprechen haben auf die (potentiellen) Kunden Werbewirkung und es erscheint im Lichte des Prinzips von Treu und Glauben (*good faith*) deshalb geboten, den Unterzeichnern des *Banking Code* eine rechtlich verbindliche Verpflichtung aufzuerlegen, sich an die Versprechen gegenüber den Adressaten zu halten.⁶²⁷ Zudem wirkt die förmliche Unterzeichnung des Abkommens wie eine Manifestation des Rechtsbindungswillens mit dem Bewusstsein der Beteiligten, über die Verkündung eines unverbindlichen und nicht justitiablen bankpolitischen Programms hinauszugehen.

Aber können die Bestimmungen des *Banking Code* tatsächlich in Übereinstimmung mit der einschlägigen Rechtsprechung als *implied terms* Vertragsbestandteil werden und dadurch für beide Vertragsparteien Rechtsbindung entfalten? Die Einbeziehung von *implied terms* ist auf dreierlei Weise möglich: kraft Parteiwillen, Gesetz und Gewohnheit.⁶²⁸

Für die erste dieser drei Varianten ist erforderlich, dass die beteiligten Parteien sich trotz Ermangelung einer ausdrücklichen Erklärung zweifelsfrei einig über das Bestehen der betroffenen Regelung und ihrer Einbeziehung in den Vertrag sind. Zumindest wenn sich dies aus objektiver Sicht eindeu-

⁶²² M.w.N. Cartwright, Banks, Consumers and Regulation, S.125 f; Ellinger/Lomnicka/Hooley, Ellinger's Modern Banking Law, S.62 f.

⁶²³ Ellinger/Lomnicka/Hooley, Ellinger's Modern Banking Law, S.63.

⁶²⁴ Furmston, Furmston's Law of Contract, S.172.

⁶²⁵ Ellinger/Lomnicka/Hooley, Ellinger's Modern Banking Law, S.63, wobei allerdings gewisse Unsicherheiten hinsichtlich dieser Einordnung eingeräumt werden, vgl. S.613.

⁶²⁶ Der *Banking Code* spricht von *you*, wenn er den Bankkunden meint, während er *we* und *us* verwendet, um die Unterzeichner des Abkommens zu bezeichnen, vgl. auch Kapitel I, § 1.2 UA 2 BC.

⁶²⁷ Zur Relevanz des *concept of good faith* bei der Einbeziehungen von Vertragsbedingungen als *implied terms* vgl.

Chitty, On Contracts, Vol.I, S.22 ff. Rn.1-023 ff., insbes. S.23 Rn.1-026.

⁶²⁸ *Collins*, The Law of Contract, S.239 ff.

tig erkennen lässt, ist die stillschweigende Einigung ausreichend.⁶²⁹ Der durchschnittliche Karteninhaber wird bei Vertragsschluss jedoch nicht einmal Kenntnis von den Regelungen des *Banking Code* haben, die jedoch unentbehrliche Voraussetzung für das Einverständnis des Karteninhabers zu ihrer Aufnahme in den Kartenemissionsvertrag wäre.

Kraft Gesetz werden Bestimmungen als *implied terms* Vertragsbestandteil, wenn eine entsprechende gesetzliche Regelung besteht, welche die vertragliche Einbindung der betroffenen Regelungen anordnet.⁶³⁰ Die Einbeziehung des *Banking Code* in das Vertragsverhältnis zwischen Karteninhaber und Kartenemittent ist im englischen Recht jedoch nicht gesetzlich festgelegt.

Schließlich könnte der *Banking Code* regelmäßig kraft Gewohnheit (*custom*) als *implied term* Bestandteil des Emissionsvertrags werden. Zunächst ist festzuhalten, dass dies nach dem Grundsatz *expressum facit cessare tacitum*⁶³¹ grundsätzlich niemals geschehen kann, wenn eine ausdrückliche Vertragsvereinbarung der ungeschriebenen Regelung widerspricht.⁶³² Außerdem setzt die Einbeziehung einer Regelung kraft Gewohnheit die Existenz eines entsprechenden „bekannten Handelsbrauchs“ voraus.⁶³³ Zwar muss den betroffenen Vertragsparteien bei Vertragsschluss im konkreten Fall die Existenz des Handelsbrauchs nicht zwingend bekannt gewesen sein. Das Vorliegen eines „bekannten Handelsbrauchs“ verlangt allerdings, dass er vom durchschnittlichen Geschäftsmann aus der Branche („*those doing business in the particular trade*“) anerkannt und darüber hinaus gemeinhin so bekannt ist, dass ein außenstehender Dritter nach angemessenen Erkundigungen auf den Handelsbrauch aufmerksam geworden wäre.⁶³⁴

Auf Seiten der Bank ergibt sich die generelle inhaltliche Anerkennung der Regelungen des *Banking Code* daraus, dass nahezu alle englischen Kreditinstitute ihn unterzeichnet haben.⁶³⁵ Seit der Erstfassung aus dem Jahr 1992 wurde der *Banking Code* mehrmals überarbeitet und hat sich zu einem stabilen Regelungswerk entwickelt. Seit seiner Entstehung haben Kartenemittenten die wesentlichen Bestimmungen regelmäßig in ihre typisierten Standardverträge aufgenommen und dadurch eine allgemeine Anerkennung der Regelungen in der Bankpraxis manifestiert.

Die häufige Unkenntnis des Kunden über die Existenz des *Banking Code* ist vor folgendem Hintergrund unbeachtlich: Zumindest kann der Bankkunde sich via Internet ohne weiteres Zugang zu den Informationen verschaffen, sodass er durch angemessene Erkundigungen auf die Einbeziehung des *Banking Code* aufmerksam werden könnte. Unbillige Belastungen des Kunden werden außerdem durch Anwendung der *Unfair Terms in Consumer Contracts Regulations 1999* und des *Unfair Contract Terms Act 1977* vermieden.⁶³⁶ Im Anwendungsbereich der UTCCR ist ein dem Vertragspartner unbekannter *implied term*, der kraft Gewohnheit Vertragsbestandteil wurde, zumindest dann als *unfair* zu qualifizieren und daher ungültig, wenn er belastenden Charakter hat. Gültigkeit haben insofern allein diejenigen Regelungen des *Banking Code*, die den Bankkunden gegenüber der gesetzlichen Ausgangslage privilegieren. Entsprechendes gilt im Anwendungsbereich des UCTA, so-

⁶²⁹ Dies kann anhand des „*officious bystander test*“ (Treitel, *The Law of Contract*, S.201) ermittelt werden: *Shirlaw v Southern Foundries (1926) Ltd*, K.B. 1939, Band 2, 206, 227: „Prima facie that which in any contract is left to be expressed is something so obvious that it goes without saying; so that, if, while the parties were making their bargain, an officious bystander were to suggest some express provision for it in their agreement, they would testily suppress him with a common ‘Oh, of course!’.”

⁶³⁰ Ausf. Treitel, *The Law of Contract*, S.206.

⁶³¹ *Furmston*, *Furmston's Law of Contract*, S.173.

⁶³² *Les Affréteurs Réunis Société Anonyme v Walford*, A.C. 1919, 801, 803.

⁶³³ *McKendrick*, *Contract Law, Materials*, S.371.

⁶³⁴ *Kum v Wah Tat Bank Ltd*, Lloyd's Rep. 1971, 439, 444.

⁶³⁵ *Brindle/Cox*, *Law of Bank Payments*, S.250 Rn.4-074; *Ellinger/Lomnicka/Hooley*, *Ellinger's Modern Banking Law*, S.62.

⁶³⁶ *Ellinger/Lomnicka/Hooley*, *Ellinger's Modern Banking Law*, S.63.

dass belastende Bestimmungen wegen Unangemessenheit zulasten des Kunden keine Rechtswirkung entfalten können.

Aber auch ohne Eingreifen der UTCCR und des UCTA könnten sich die Regelungen des *Banking Code* nicht zulasten des Bankkunden auswirken: Durch die Einseitigkeit der Ausarbeitung und Formulierung des *Banking Code* sowie den Umstand, dass der Karteninhaber vom Emittenten in der Regel nicht mit dem Regelungswerk vertraut gemacht wird, verstießen kundenbelastende Bestimmungen nämlich gegen den dem gesamten *Common Law* zugrunde liegenden Grundsatz von Treu und Glauben (*unconscionability*).⁶³⁷

Festzuhalten ist abschließend, dass die rechtliche Einordnung des *Banking Code* von der Rechtsprechung bislang noch nicht geklärt wurde und sein Rechtscharakter und die Einbeziehung in das Vertragsverhältnis zwischen Bank und Kunde daher weiterhin unsicher bleiben.

c.) Haftungsregelungen des *Banking Code*

Die Kernvorschriften zur Haftungsrisikoverteilung für missbräuchliche Zahlungen sind §§ 12.11, 12.12 BC. Obwohl die Regelungen eine gewisse strukturelle Ähnlichkeiten zu den Haftungsbestimmungen des *Consumer Credit Act 1997* ausstrahlen, unterscheiden sich beide Haftungsregime inhaltlich wesentlich voneinander.⁶³⁸ Während die Haftung des Karteninhabers im *Consumer Credit Act 1974* umfassend ausgeschlossen wird, orientiert sich der *Banking Code* stärker am allgemeinen Vertrags- und Haftungsrecht und gesteht dem Kunden weniger weitreichende Haftungsprivilegien zu:

Handelt der Karteninhaber selbst missbräuchlich, trifft ihn die volle Haftung.⁶³⁹ Sofern der Missbrauch durch Sorgfaltspflichtverletzung des Karteninhabers ermöglicht wird, kann der Kartenemittent den vollen Missbrauchsbetrag nur bei grober Fahrlässigkeit des Karteninhabers geltend machen.⁶⁴⁰ Zur Konkretisierung der Sorgfaltspflichten des Karteninhabers in Bezug auf den Umgang mit Karte und PIN werden eine Reihe ausdrücklicher Verhaltensgebote aufgeführt:⁶⁴¹ Der Karteninhaber darf Karte und PIN nicht gemeinsam verwahren; weder darf er die Karte einer anderen Person zur Verwendung überlassen noch die Sicherheitsmerkmale wie die PIN einem Dritten verraten; sofern möglich, hat er sorgfältig die Auswahl einer neuen PIN zu treffen; er hat sich die PIN bzw. das Passwort einzuprägen und die Originalmitteilung zu zerstören; PIN und Passwort sind sicher aufzubewahren und geheimzuhalten; es dürfen keine Konto- oder Sicherheitsinformationen an unbekannte Dritte weitergegeben werden.

Vor dem Hintergrund, dass eine Bestimmung des *Banking Code* im Bank-Kunden-Verhältnis nur dann als *implied term* Rechtskraft entfaltet, wenn sie den Kunden begünstigt, sind die im *Banking Code* aufgeführten Pflichten für den Bankkunden solange unverbindlich, wie sie zwischen Bank und Kunde nicht im Kartenemissionsvertrag ausdrücklich fixiert sind.

In Hinblick auf ihre begünstigende Wirkung entfaltet demgegenüber die Haftungsprivilegierung des § 12.12 BG auch ohne ausdrückliche Einbeziehung der entsprechenden Bestimmungen des *Banking*

⁶³⁷ Vgl. *Atiyah/Smith*, *Atiyah's introduction to the Law of Contract*, S.308.

⁶³⁸ A.A. offenbar *Brindle/Cox*, *Law of Bank Payments*, S.250 Rn.4-074: „The practical importance of this distinction has now been largely eroded, however, by the institution of a voluntary code of practice to which nearly all banks subscribe”.

⁶³⁹ § 12.11 S.1 BC.

⁶⁴⁰ § 12.11 S.2 BC. Der Wortlaut der Bestimmung spricht zwar zunächst für die volle Haftung des Karteninhabers bei jeder Art von Sorgfaltspflichtverletzung (*without reasonable care*). Der Erklärung des *Banking Code – Guidance for Subscribers* (abrufbar unter: www.bba.org.uk, zuletzt besucht am 18.03.2009) lässt sich jedoch unter Punkt 12.11 und 12.12 entnehmen, dass den Karteninhabers lediglich bei grober Fahrlässigkeit (*gross negligence*) die volle Haftung treffen soll.

⁶⁴¹ § 12.11 S.2 i.V.m. § 11.5 BC.

Code rechtskraft, derzufolge die Haftung des Karteninhabers begrenzt ist, sofern der Kartenemittent nicht Beweis darüber führen kann, dass der Karteninhaber selbst den Missbrauch begangen hat oder zumindest grob sorglos handelte.⁶⁴²

Vor Kartenverlustmeldung oder Benachrichtigung der Bank über die Kenntnisnahme einer dritten Person von der PIN haftet der Karteninhaber nur bis zu einem Betrag von £ 50. Werden die Kartendaten ohne Genehmigung des Karteninhabers verwendet, ohne dass der Karteninhaber der Karte verlustig geworden ist, haftet der Karteninhaber nicht für den sich daraus ergebenden Schaden. Dasselbe gilt für die Verwendung der Kartendaten, ohne dass die Vorlage der Karte erforderlich ist. Diese Regelungen betreffen vornehmlich die Haftungsfreistellung des Karteninhabers bei Missbräuchen im Fernabsatz. Freigestellt wird der Karteninhaber ferner von der Missbrauchshaftung, wenn ein Missbrauch der Karte stattfindet, bevor dem Karteninhaber die Karte vom Kartenemittenten zugestellt wurde.

Der wesentliche haftungsrechtliche Zugewinn liegt für den Karteninhaber in der Haftungsbegrenzung bei einfach-fahrlässiger Sorgfaltspflichtverletzung auf bis zu £ 50. Insofern kann die Regelung zugunsten des Karteninhabers gegenüber dem Kartenemittenten als *implied term* Rechtskraft entfalten. Kann die Bank dem Karteninhaber keinerlei Sorgfaltswidrigkeit nachweisen, scheidet dessen Haftung aus.

Durch die übrigen im *Banking Code* bezeichneten Haftungsfreistellungstatbestände gewinnt der Karteninhaber gegenüber der gesetzlichen Ausgangslage wenig hinzu: Sie erfassen vornehmlich Fallkonstellationen, denen üblicherweise ohnehin keine Vertragspflichtverletzung (*breach of contract*) des Karteninhabers zugrunde liegt, die eine Haftung des Karteninhabers begründen könnte. Sie haben insofern lediglich deklaratorischen Charakter ohne eigenen Regelungsgehalt.

3.) Haftung nach allgemeinen Grundsätzen

Für die Haftung nach allgemeinen Grundsätzen gelten die Ausführungen zur Kreditkarte. Der Kartenemittent hat grundsätzlich keinen emissionsvertraglichen Anspruch gegen den Karteninhaber auf Zahlung eines missbräuchlich mittels Chargekarte umgesetzten Betrags.⁶⁴³ Im Emissionsvertrag ist üblicherweise eine Reihe von Sorgfaltspflichten des Karteninhabers aufgeführt, die in der Regel mit den Pflichten des *Banking Code* korrelieren und deren Verstoß zur allgemeinen Schadensersatzhaftung des Karteninhabers führen kann. Die Zulässigkeit einzelner emissionsvertraglicher Sorgfaltspflichten richtet sich insbesondere nach den Bestimmungen der *Unfair Terms in Consumer Contracts Regulations 1999* und des *Unfair Contract Terms Act 1977*.⁶⁴⁴

Neben vertraglichen kommen auch deliktische Schadensersatzansprüche wegen Fahrlässigkeit des Karteninhabers in Betracht (*tort of negligence*).⁶⁴⁵

4. Die Debitkarte

a. Einführung

Sowohl die juristische Grundstruktur als auch der Ablauf der Debitkartenzahlung entsprechen im Wesentlichen denjenigen des Chargekartengeschäfts und zeichnen sich durch die dreigliedrige Grundstruktur aus, in der Karteninhaber, Kartenemittent und Vertragsunternehmen jeweils durch unterschiedliche Vertragsverhältnisse miteinander verbunden sind. Der Karteninhaber kann die Kar-

⁶⁴² § 12.12 BC.

⁶⁴³ Siehe oben in Kap.2 B. III. 2. d.

⁶⁴⁴ Zu den UTCCR und dem UCTA vgl. ausf. oben in Kap.2 B. III. 2. e.

⁶⁴⁵ Hierzu siehe oben in Kap.2 B. III. 2. d. 2.) b.).

te zur Zahlung entweder im Fernabsatz unter Angabe der Kartennummer und bestimmter weiterer Daten sowie am EFTPOS-Terminal (*Electronic Funds Transfer at Point of Sale*) einsetzen. Vereinzelt und mit abnehmender Tendenz werden zur Aufzeichnung der Daten noch manuelle Prägemaschinen eingesetzt.⁶⁴⁶

Nachdem der Versuch fehlgeschlagen war, ein landesweit einheitliches EFTPOS-System einzuführen, fand unter verschiedenen Systemen unterschiedlicher Anbieter das 1988 von der Midland Bank, der National Westminster Bank und der Royal Bank of Scotland gegründete *Switch*-System am meisten Verbreitung. Im Laufe der letzten Jahre traten ihm eine beachtliche Anzahl weiterer Banken bei.⁶⁴⁷ Mitte des Jahres 2007 wurden Logo und eigener Name aufgegeben, um das System in das europaweite Maestro-System einzugliedern.

b. Haftungsrisikoverteilung für Missbrauch

In Ermangelung der Anwendbarkeit des CCA⁶⁴⁸ richtet sich die Haftungsrisikoverteilung für Schäden aus drittmisbräuchlicher Verwendung einer Debitkarte nach den allgemeinen Grundsätzen des Vertragsrechts sowie dem *Banking Code*. Die Haftungsrisikoverteilung nach missbräuchlicher Verwendung der Debitkarte entspricht insofern den Ausführungen zur Chargekarte.⁶⁴⁹

5. Spezielle Haftungsregelungen bei Drittmisbrauch im Fernabsatz

In Umsetzung der EG-Fernabsatzrichtlinie⁶⁵⁰ wurde in den *Consumer Protection (Distance Selling) Regulations 2000* (kurz: CPDSR) eine spezialgesetzliche Haftungsrisikoverteilung für Zahlungskartenmissbrauch im Fernabsatz geschaffen. Anwendung finden die Bestimmungen, wenn ein Kauf- oder Dienstvertrag ohne physische Anwesenheit der Vertragsparteien geschlossen wird (z.B. per Telefon oder Internet).⁶⁵¹ Gemäß Art.21 VI CPDSR sind sowohl Kredit- als auch Charge- und Debitkarte vom Anwendungsbereich der Regelungen erfasst. Allerdings genießen die Haftungsregelungen des *Consumer Credit Act 1974* nach Art.21 IV CPDSR ausdrücklich Vorrang.⁶⁵² Auch im Fernabsatz richtet sich die Haftungsrisikoverteilung bei Kreditkartenmissbrauch folglich grundsätzlich nach Art.83, 84 CCA.⁶⁵³ Sofern die Verwendung der Kartendaten zur Durchführung der Zahlungstransaktion im Fernabsatz weder vom berechtigten Inhaber autorisiert war noch der berechtigte Inhaber sich die Verwendung der Kartendaten zurechnen lassen muss, kann er sich gemäß Art.21 I, II CPDSR durch Widerruf des Zahlungsvorgangs schadlos halten.

IV. Das Beweisrecht

1. Einführung

Im englischen Zivilprozess ist das Gericht bei der Entscheidungsfindung beschränkt auf die Einbeziehung solcher Tatsachen, die von den Prozessparteien selbst in den Prozess eingebracht werden.⁶⁵⁴

⁶⁴⁶ *Brindle/Cox*, Law of Bank Payments, S.199 f. Rn.4-012.

⁶⁴⁷ *Brindle/Cox*, Law of Bank Payments, S.199 Rn.4-011.

⁶⁴⁸ Eine Anwendbarkeit des *Consumer Credit Act 1974* scheidet aus denselben Gründen aus, wie dessen Anwendung auf Chargekarten, vgl. oben in Kap.2 B. III. 3. b. 1.).

⁶⁴⁹ Siehe oben in Kap.2 B. III. 3. b.

⁶⁵⁰ Richtlinie 97/7/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Mai 1997 über den Verbraucherschutz bei Vertragsabschlüssen im Fernabsatz.

⁶⁵¹ *Hapgood*, *Paget's Law of Banking*, S.456 Rn.17.266.

⁶⁵² Erst durch Art.21 V CPDSR wurde Art.84 III CCA 1974 allerdings dergestalt modifiziert, dass der Kreditkarteninhaber fortan vollumfänglich von der Haftung für Drittmisbrauch im Bank-Kunden-Verhältnis freigestellt ist.

⁶⁵³ *Goode*, *Consumer Credit Law and Practice*, Band 2, IIB[5.164].

⁶⁵⁴ *Zuckerman*, *Civil Procedure*, Rn.21.32; *Keane*, *The Modern Law of Evidence*, S.1.

Zu beweisen sind allein strittige Tatsachen (*facts in issue*).⁶⁵⁵ Als bewiesen gelten sie, wenn das Gericht von ihrer Wahrheit überzeugt ist.⁶⁵⁶ Abgesehen von einigen Ausnahmen sind grundsätzlich alle relevanten Beweismittel zur Überzeugung des Gerichts im Prozess zulässig.⁶⁵⁷ Im Wesentlichen werden vier Kategorien von Beweismitteln unterschieden: mündliche Zeugenaussagen (*oral evidence*), Augenscheinsobjekte (*real evidence*), Urkunden (*documentary evidence*) und Indizien (*circumstantial evidence*).⁶⁵⁸

2. Die Beweislast (*burden of proof*)

Innerhalb der Beweislast wird unterschieden zwischen Überzeugungslast (*persuasive burden*)⁶⁵⁹ und der Beweiserbringungslast (*evidential burden*).⁶⁶⁰

Die Überzeugungslast betrifft alle Tatsachen, die nach materiellem Recht einen Anspruch begründen und ohne deren Beweis das Gericht nicht zu der Überzeugung des Bestehens eines Anspruchs kommen kann. Der Beweisbelastete hat alle anspruchsbegründenden Tatsachen vorzutragen und trägt daher das Risiko, in Ermangelung des Beweises einer dieser Tatsachen im Prozess zu unterliegen.⁶⁶¹

Die Beweiserbringungslast lässt sich beschreiben als Verpflichtung einer Prozesspartei zur Erbringung ausreichenden Beweises über eine strittige Tatsache, um eine günstige gerichtliche Entscheidung über diese konkrete Tatsache zu erwirken.⁶⁶² Sie bezieht sich insofern nicht zwingend auf anspruchsbegründende Tatsachen. Da hinsichtlich beider Arten der Beweislast der Grundsatz gilt, dass derjenige, der eine Behauptung aufstellt, über diese auch Beweis zu führen hat,⁶⁶³ trifft den Kläger grundsätzlich sowohl die Überzeugungs- als auch die Beweislast.⁶⁶⁴ Im Zivilprozess spielt die Unterscheidung insofern nur eine untergeordnete Rolle.⁶⁶⁵ Relevant wird sie insbesondere dann, wenn die Beweislast aufgrund einer Anscheinsvermutung vom Kläger auf den Beklagten übergeht.⁶⁶⁶ In diesem Fall ist ausnahmsweise der Beklagte beweiserbringungsbelastet.

Beruft sich der Klagegegner seinerseits auf Verteidigungsvorbringen wie beispielsweise Verwirkung (*estoppel*) und Mitverschulden (*contributory negligence*) oder macht er einen Gegenanspruch geltend, lastet die Überzeugungslast hinsichtlich der relevanten Tatsachen auf ihm.⁶⁶⁷ Bei der Geltendmachung eines Schadensersatzanspruchs wegen Vertragsverletzung hat der Kläger das Bestehen einer ausdrücklichen oder stillschweigenden Vertragsvereinbarung (*express or implied term*), deren Verletzung sowie einen kausalen Schaden zu beweisen. Verlangt er deliktischen Schadensersatz wegen Fahrlässigkeit (*tort of negligence*), ist er beweispflichtig für das Bestehen einer entsprechenden Sorgfaltspflicht des Anspruchsgegners sowie den Verstoß gegen diese Sorgfaltspflicht und den dadurch entstandenen Schaden.⁶⁶⁸ Während der Verstoß einer Vertragsvereinbarung gegen die

⁶⁵⁵ Keane, The Modern Law of Evidence, S.6

⁶⁵⁶ Zuckerman, Civil Procedure, Rn.21.32.

⁶⁵⁷ M.w.A. Keane, The Modern Law of Evidence, S.1 ff.

⁶⁵⁸ Andrews, English Civil Procedure, S.718 Rn.31.03.

⁶⁵⁹ Auch legal burden, probative burden, ultimate burden, the burden of proof on the pleadings oder the risk of non-persuasion (vgl. Phipson/Auburn, The Law of Evidence, Rn.6-02).

⁶⁶⁰ Auch burden of adducing evidence oder the duty of passing the judge (vgl. Phipson/Auburn, The Law of Evidence, Rn.6-02).

⁶⁶¹ Zuckerman, Civil Procedure, Rn.21.33.

⁶⁶² Keane, The Modern Law of Evidence, S.68.

⁶⁶³ O'Hare/Browne, Civil Litigation, S.557 Rn.31.002.

⁶⁶⁴ O'Hare/Browne, Civil Litigation, S.558 Rn.31.003; Andrews, English Civil Procedure, S.719 Rn.31.06.

⁶⁶⁵ Osborne, Civil Litigation, S.44.

⁶⁶⁶ Phipson-Auburn, The Law of Evidence, Rn.6-02.

⁶⁶⁷ Andrews, English Civil Procedure, S.719 Rn.31.07.

⁶⁶⁸ Andrews, English Civil Procedure, S.719 Rn.31.06.

Unfair Terms in Consumer Contract Regulations 1999 vom Verbraucher zu beweisen ist, hat im Anwendungsbereich des *Unfair Contract Terms Act 1977* der Begünstigte einer Freizeichnungsklausel über die Angemessenheit dieser Vereinbarung Beweis zu erbringen.⁶⁶⁹

3. Der Beweismaßstab (*standard of proof*)

Durch Beibringung zulässiger Beweismittel verfolgen die Prozessparteien das Ziel richterlicher Überzeugung von der Wahrheit der behaupteten Tatsachen. Da die Überzeugung des Gerichts unterschiedliche Ausprägungen haben kann, ist der konkret erforderliche Grad an Überzeugung näher zu bestimmen.⁶⁷⁰ Hierzu gilt im englischen Zivilverfahren der Grundsatz, dass eine Tatsache als bewiesen gilt, wenn die Wahrheit der von der Prozesspartei vorgebrachten Darstellung wahrscheinlicher ist als die Unwahrheit (*proof of balance of probabilities*).⁶⁷¹ Je unwahrscheinlicher die Behauptung einer Prozesspartei ist, desto höher sind deshalb die Anforderungen an die vorgebrachten Beweismittel.⁶⁷² Haben die beteiligten Prozessparteien die Beweismittel zur Bekräftigung ihrer Darstellungen vorgebracht, hat das Gericht zugunsten derjenigen Partei zu entscheiden, deren Vorbringen es als wahrscheinlicher bewertet.⁶⁷³ Die dogmatische Begründung für dieses Vorgehen liegt in der Gleichheit der Prozessbeteiligten vor Gericht. Stuft das Gericht die von den Parteien dargelegten Darstellungen als gleich wahrscheinlich ein und gibt keiner der dargestellten Versionen den Vorzug, kann der Beweisbelastete das Gericht nicht von der Wahrheit überzeugen und die betroffenen Tatsachen gelten als nicht bewiesen.⁶⁷⁴

4. Beweismittel im Zahlungsverkehr

Je nach Art der Zahlungstransaktion stehen der Bank unterschiedliche Beweismittel zur Überzeugung des Gerichts zur Verfügung.

Wurde die Zahlungsanweisung schriftlich abgegeben und mit einer Unterschrift des Kunden versehen, kann die Bank das Originaldokument als Urkundenbeweis vorlegen.⁶⁷⁵ Bestreitet der Kunde die Echtheit der Unterschrift, kann die Bank sie auf unterschiedliche Art zur Überzeugung des Gerichts prüfen lassen.⁶⁷⁶ Im typischen Missbrauchsfall wird der Bank die Beweisführung über die Echtheit der Unterschrift jedoch nicht gelingen, da schließlich ein unberechtigter Dritter die Unterschrift des Berechtigten gefälscht hat. Bei Echtheit der Unterschrift und inhaltlicher Verfälschung des Dokuments liegt es hingegen beim Kunden, das Gericht von der Verfälschung zu überzeugen.

Wurde die Belastung des Kontos auf elektronischem Wege autorisiert, kann die Bank im Prozess lediglich die elektronischen Aufzeichnungen vorbringen. Grundsätzlich können diese ebenfalls als Dokumente in den Prozess eingebracht werden.⁶⁷⁷

⁶⁶⁹ *Chen-Wishart*, Contract Law, S.440.

⁶⁷⁰ *Zuckerman*, Civil Procedure, Rn.21.44.

⁶⁷¹ *Re H (minors) (sexual abuse)*, A.E.R. 1996, Band 1, 1,16.

⁶⁷² Vgl. *Zuckerman*, Civil Procedure, Rn.21.49: "It will take more than an "eye witness" report to persuade the court that a car was forded off the road by an UFO."

⁶⁷³ Krit. *McEwan*, der zugleich infrage stellt, ob dieser theoretische Ansatz in der Prozesspraxis tatsächlich befolgt wird (*McEwan*, Evidence and the Adversarial Process, S.62 f.).

⁶⁷⁴ *Morris v London Iron and Steel Co Ltd*, Q.B. 1988, 493.

⁶⁷⁵ *Keane*, The Modern Law of Evidence, S.201 ff., 209.

⁶⁷⁶ Denkbar ist dies beispielsweise durch: Befragung des Ausstellers selbst oder eines Zeugen, der während dem Akt des Unterzeichnens anwesend war; Abgleich des strittigen Dokuments mit einem unterschriebenen Dokument, dessen Echtheit vor Gericht unbestritten ist; Begutachtung durch Experten (vgl. ausführlich *Phipson-Hochberg*, The Law of Evidence, S.1160 f. Rn.40-3).

⁶⁷⁷ *M.w.N. Phipson-Hochberg*, The Law of Evidence, S.1190 Rn.41-02.

Ist die Bank bei der Beweisführung über eine Autorisierung des Kunden nicht erfolgreich, muss sie sich zur Schadloshaltung auf vertragliche oder deliktische Schadensersatzansprüche stützen. Mangels Kenntnis des genauen Tathergangs wird die Bank jedoch selten andere Beweismittel als die bereits genannten vorbringen können und daher insbesondere hinsichtlich der Beweisführung über eine vertragliche oder deliktische Pflichtverletzung regelmäßig in Beweisnot geraten. Von entscheidender Bedeutung ist insofern das mögliche Eingreifen prozessualer Beweiserleichterungen.

5. Prozessvermutungen (*presumptions*)

In bestimmten Sachlagen führen Prozessvermutungen im englischen Zivilprozess dazu, dass der Beweis eines bestimmten Umstands (*basic fact*) den Rückschluss auf einen anderen Umstand (*presumed fact*) zulässt, der daraufhin keines weiteren Beweises mehr bedarf. Greift diese Vermutung, trifft nunmehr den Prozessgegner die Beweislast zur richterlichen Überzeugung von einer anderen als der vermuteten Version.⁶⁷⁸

Da im Kontext des Drittmisbrauchs bargeldloser Zahlungsmittel Schadensersatzansprüche wegen Fahrlässigkeit eines der Beteiligten eine wichtige Rolle spielen, verdient die *res ipsa loquitur*-Doktrin eine kurze Betrachtung.⁶⁷⁹

Nach dieser für deliktische Schadensersatzansprüche (*law of torts*) entwickelten Doktrin wird der Geschädigte unter bestimmten Umständen von der Beweisführung über die Fahrlässigkeit des Schädigers freigestellt, indem diese vermutet wird. Grund hierfür ist, dass eine bestimmte Sachlage (*basic fact*) nach dem „gewöhnlichen Verlauf der Dinge“ durch Fahrlässigkeit des potentiellen Schädigers (*presumed fact*) hervorgerufen wird.⁶⁸⁰ Die Rechtsprechung konkretisiert die Voraussetzungen dieser speziellen Prozessvermutung: Erforderlich ist zum einen, dass ein Gegenstand der alleinigen Kontrolle des Schädigers oder seiner Gehilfen unterlag. Zum anderen muss sich ein Unfall ereignet haben, dessen Eintritt ohne sorgloses Handeln des Kontrollausübenden nach dem gewöhnlichen Verlauf der Dinge ausgeschlossen wäre.⁶⁸¹ Darüber hinaus ist Voraussetzung für die Anwendung der Doktrin, dass ein Beweis über den genauen Tathergang nicht erbracht wurde. Nach Beweisführung über den konkreten Geschehensablauf ist kein Raum mehr für die *res ipsa loquitur*-Doktrin.⁶⁸²

Kann der Anspruchsteller die der *res ipsa loquitur*-Vermutung zugrunde liegenden *basic facts* beweisen, wird zu seinen Gunsten Fahrlässigkeit des vermeintlichen Schädigers vermutet. Der Beweisbelastete kann diese Vermutung entkräften, indem er das Gericht durch Führung eines Gegenbeweises von der Einhaltung der gebotenen Sorgfalt überzeugt. Dabei muss er jedoch nicht zwingend einen Vollbeweis erbringen. Ausreichend für die Entkräftung der Anscheinsvermutung ist vielmehr die substantiierte Darlegung eines alternativen Geschehensablaufs.⁶⁸³

Mit Blick auf den Streit über die Anwendung der Grundsätze im deutschen Recht⁶⁸⁴ erscheint die Anwendung der *res ipsa loquitur*-Doktrin bei Missbrauch im bargeldlosen Zahlungsverkehr zunächst insbesondere bei missbräuchlicher Verwendung der Sicherheitsmerkmale eines Zahlungsinstruments denkbar: Die Sicherheitsmerkmale befinden sich üblicherweise unter alleiniger Kontrolle des Berechtigten. Auch können die konkreten Tatumstände von der beweisbelasteten Bank typi-

⁶⁷⁸ M.w.N. Zuckerman, Civil Procedure, S.655 Rn.21.52 ff.

⁶⁷⁹ Ausf. Keane, The Modern Law of Evidence, S.601 ff.; Charlesworth/Percy, On Negligence, S.401 ff. Rn.5-93 ff.

⁶⁸⁰ Phipson-Auburn, The Law of Evidence, S.141 Rn.6-30.

⁶⁸¹ Scott v London & St Katherine Docks Co, H & C 1865, Band 3, 596, 601.

⁶⁸² Clerk/Lindsell-Dugdale, On Torts, S.497 Rn.8-151.

⁶⁸³ Ng Chun Pui v Lee Chuen Tat, R.T.R. 1988, 298 ff. (str.); vgl. anderweitige Lösungsansätze in Zuckerman, Civil Procedure, Rn.21.60.

⁶⁸⁴ Siehe oben in Kap.2 A. IV. 4.

scherweise nicht bewiesen werden. Es käme folglich die Vermutung in Betracht, eine Verwendung der Sicherheitsmerkmale sei „nach dem gewöhnlichen Verlauf der Dinge“ nur dann möglich, wenn der Berechtigte sie fahrlässig dem Drittmisbrauchstäter zugänglich gemacht hat. Die missbräuchliche Verwendung von Sicherheitsmerkmalen könnte folglich als *basic fact* den Rückschluss auf eine Verletzung der Pflicht zur sorgfältigen Aufbewahrung der Daten zulassen. Bei Geltendmachung eines deliktischen Schadensersatzanspruchs auf Grundlage eines *tort of negligence* würde zugunsten der geschädigten Bank dann die Fahrlässigkeit des berechtigten Inhabers der Legitimationsdaten widerleglich vermutet.

Eine nähere Betrachtung der in der Rechtsprechung anerkannten Anwendungsfälle der *res ipsa loquitur*-Doktrin deckt allerdings erhebliche strukturelle Abweichungen zum Drittmisbrauch im bargeldlosen Zahlungsverkehr auf:

Wird ein Hefebrötchen verkauft, das einen Stein oder sonstigen harten Gegenstand enthält, und der Käufer verletzt sich hierdurch am Zahn⁶⁸⁵ oder gerät ein von seinem Fahrer gesteuertes Kraftfahrzeug auf den Bürgersteig und werden dabei Personen angefahren,⁶⁸⁶ befindet sich flüssiger Joghurt auf dem Boden eines Supermarkts und rutscht ein Besucher auf diesem aus⁶⁸⁷ oder fällt ein Fass gefüllt mit Mehl⁶⁸⁸ oder ein Zuckersack⁶⁸⁹ aus dem Fenster eines Lagerhauses und trifft eine Person mit der Folge einer schweren Körperverletzung, so haben diese Sachverhalte⁶⁹⁰ etwas gemein, das sich vom Fall der missbräuchlichen Verwendung der Legitimationsdaten zum Missbrauch eines Zahlungsmittels unterscheidet: Die Schädigung geht immer *direkt* und *zeitlich und örtlich unmittelbar* von dem Gegenstand aus, der sich zuvor oder zum Zeitpunkt der Schädigung unter alleiniger Kontrolle des Anspruchsgegners oder eines Gehilfen befand. Immer handelt es sich mit dem Gegenstand um das Schädigungsobjekt. Zwar unterliegen auch die Legitimationsdaten zur Durchführung von Zahlungstransaktionen üblicherweise der alleinigen Kontrolle des Berechtigten. Weder handelt es sich bei den Daten jedoch um körperliche Gegenstände wie in den oben genannten Fällen noch geht von den Daten *direkt* und *unmittelbar* eine Schädigung aus. Vielmehr werden sie verwendet, um einen technischen Vorgang auszulösen, durch den *mittelbar* eine Schädigung des Kreditinstituts verursacht wird.

Zudem unterscheiden sich die bisherigen Anwendungsfällen der *res ipsa loquitur*-Doktrin in der Rechtsprechung von der Verwendung der Legitimationsdaten im bargeldlosen Zahlungsverkehr durch den „Unfallcharakter“ der ihnen zugrundeliegenden Sachverhalte.⁶⁹¹ Dieser zeichnet sich dadurch aus, dass die vermutete Fahrlässigkeit stets unmittelbar ungewollte Sach- oder Personenschäden verursacht. Demgegenüber veranlasst der Täter bei Missbrauch im bargeldlosen Zahlungsverkehr gerade bewusst den schadensträchtigen Zahlungsvorgang, sodass beim Drittmisbrauch der typische Unfallcharakter fehlt.

Bedenken bestehen hinsichtlich der Anwendung der *res ipsa loquitur*-Doktrin ferner aufgrund der Voraussetzung, dass der Schaden nach „gewöhnlichem Verlauf der Dinge“ nicht ohne Fahrlässigkeit desjenigen eingetreten wäre, in dessen alleiniger Kontrolle sich der Gegenstand befand. Mit Blick auf die zahlreichen denkbaren und durchaus praxisnahen Sachverhaltskonstellationen, in denen sich eine missbräuchliche Verwendung der Legitimationsdaten ohne Fahrlässigkeit des Berech-

⁶⁸⁵ *Charponièr v Mason*, T.L.R. 1905, 633.

⁶⁸⁶ *Ellor v Selfridge & Co Ltd*, T.L.R. 1930, 236.

⁶⁸⁷ *Ward v Tesco Stores Ltd*, W.L.R. 1976, 810 f.

⁶⁸⁸ *Byrne v Boadle*, H & C 1863, Band 2, 722.

⁶⁸⁹ *Scott v London and St Katherine Docks Co*, H & C 1865, 569.

⁶⁹⁰ Weitere Fälle in *Clerk/Lindsell-Dugdale*, On Torts, S.497 Rn.8-152.

⁶⁹¹ Vgl. z.B. *Andrews*, English Civil Procedure, S.720 Rn.31-09.

tigten zuträgt, tritt ein Missbrauchsschaden in der Praxis nach dem gewöhnlichen Verlauf der Dinge durchaus häufig auch ohne Fahrlässigkeit des berechtigten Inhabers der Legitimationsdaten auf. Nach alledem erscheint die Anwendung der *res ipsa loquitur*-Doktrin zwar zunächst denkbar. Durch die strukturellen Unterschiede zwischen den tatsächlich von der Rechtsprechung bereits anerkannten Fallkonstellationen und Missbrauchssachverhalten im bargeldlosen Zahlungsverkehr sowie dem zunehmenden Bedeutungsverlust der Doktrin in der Zivilprozesspraxis aufgrund ihrer immer restriktiveren Anwendung in der Rechtsprechung⁶⁹² ist ihre Etablierung zur Schmälerung der Beweisnöte der Bank auch in Zukunft nicht zu erwarten.

6. Sonstige besondere Beweislastregelungen im bargeldlosen Zahlungsverkehr

Eine explizite Regelung für die Beweislastverteilung bei unautorisierten Kreditkartenzahlungen enthält § 171 IV b CCA. Beruft sich der Karteninhaber nach Verwendung der Kreditkarte darauf, er selbst habe den Vorgang nicht autorisiert, hat der Kartenemittent Beweis über die Autorisierung zu erbringen. Macht der Kartenemittent ferner geltend, der Zahlungsvorgang sei unter Verwendung der Kreditkarte vor Verlustmeldung des Karteninhabers ausgelöst worden, trifft den Kartenemittenten auch hierfür die Beweislast. Da der Regelungsgehalt dieser expliziten Beweislastregelungen der allgemeinen zivilprozessualen Beweislastverteilung entspricht, haben sie jedoch keinen konstitutiven, sondern lediglich deklaratorischen Charakter.

V. Zusammenfassung der Rechtslage in England

Die in Nr.3 des Anhangs der Zahlungsdiensterichtlinie genannten Zahlungstransaktionen lassen sich nach englischem Recht in *funds transfers* und Kartenzahlungen unterteilen. Vom übergeordneten Begriff der *funds transfers* werden sowohl *debit transfers* als auch *credit transfers* erfasst. Ein entscheidender Unterschied zwischen beiden Verfahren liegt darin, dass *credit transfers* durch den Zahler und *debit transfers* durch den Zahlungsempfänger ausgelöst werden. Eine besondere Form des *debit transfer* ist das *direct debiting*, bei dem der Zahlungsempfänger sich nach Maßgabe des *Originator's Guide and Rules of the Direct Debit Scheme* (kurz: *Originator's Guide*) zunächst um Zulassung zum System zu bemühen hat, um anschließend in automatisierter Form im Valutaverhältnis geschuldete Geldbeträge vom Zahler einziehen zu können. Hierzu hat der Zahlungsempfänger der Zahlstelle eine vom Zahler unterzeichnete *Direct Debit Instruction* (kurz: DDI) zu übermitteln, die der Bank im Verhältnis zum Zahler als Autorisierung zur Kontobelastung dient. Bevor der Zahlungsempfänger auf Grundlage der *Direct Debit Instruction* den ersten *direct debit* einreicht, hat er ihn dem Zahler unter Angabe von Betrag und Datum zehn Tage zuvor nach Maßgabe des *Originator's Guide* schriftlich anzukündigen.

Zahlungskarten lassen sich unterteilen in Kreditkarten (*credit cards*), Chargekarten (*charge cards*) und Debitkarten (*EFTPOS cards* bzw. *debit cards*). Im tatsächlichen Verfahrensablauf unterscheidet sich die Chargekarte von der Kreditkarte dadurch, dass ihr Karteninhaber nach Rechnungsstellung den gesamten Betrag aller Umsätze aus dem Abrechnungszeitraum vollständig an den Kartenemittenten zu entrichten hat, während der Kreditkarteninhaber nach Rechnungsstellung zwar zur Zahlung des gesamten Betrags berechtigt, jedoch nicht verpflichtet ist. Bei der Debitkartenzahlung erfolgt eine Belastung des Bezugskontos demgegenüber regelmäßig in unmittelbarer zeitlicher Nähe.

Sowohl im kartengestützten Zahlungsverkehr als auch bei *funds transfers* ist von zentraler Bedeutung für die Missbrauchshaftung zwischen Bank und Kunde das allgemeine Vertrags- und Scha-

⁶⁹² Osborne, Civil Litigation, S.50 Rn.3.5.3.

denersatzrecht, denn rechtliche Grundlage des Bank-Kunden-Verhältnisses ist stets ein allgemeiner Bankgeschäftsvertrag, der gegebenenfalls durch spezielle Verträge wie den Zahlungskartenemissionsvertrag ergänzt wird. Im gesamten bargeldlosen Zahlungsverkehr wird die Bank gegenüber dem Kunden als Beauftragte tätig, sodass sie sich nach allgemeinen auftragsrechtlichen Grundsätzen an dessen Weisungen zu halten hat. Für *funds transfers* ergibt sich diese Verpflichtung aus dem allgemeinen Bankgeschäfts-, für kartengestützte Zahlungen aus dem Kartenemissionsvertrag. Unabhängig vom konkreten Zahlungsmittel darf die Bank zulasten des Kunden nur Zahlungsvorgänge durchführen, zu denen der Kunde sie angewiesen hat (*mandate rule*). Bei Drittmissbrauch wird ein Zahlungsvorgang typischerweise nicht vom Kunden, sondern vom unberechtigten Missbrauchstäter ausgelöst. Führt die Bank den missbräuchlichen Zahlungsvorgang ohne Weisung des Kunden durch, macht sie sich verschuldensunabhängig schadensersatzpflichtig wegen Vertragsverletzung (*breach of contract*), sodass der Kunde Rückbuchung des Zahlungsbetrags verlangen kann. Grundsätzlich trägt deshalb hinsichtlich aller untersuchten Zahlungsverfahren die Bank das Missbrauchsrisiko.

Eine Besonderheit gilt im Verfahren des *direct debiting*, denn hier wird die Bank bereits auf Grundlage der *Direct Debit Instruction* zur Einziehung aller zukünftig vom Zahlungsempfänger eingehenden *direct debits* autorisiert. Diese Autorisierung gilt für alle DDI-konformen *direct debits*. Kündigt der Zahlungsempfänger dem Zahler die erste auf Grundlage der *Direct Debit Instruction* erfolgende Zahlung nicht mindestens zehn Tage vor ihrer Durchführung schriftlich unter Nennung des Zahlungsbetrags an, gilt eine DDI-konforme Lastschrift zwar als autorisiert, dem Zahler entsteht gegenüber seiner Bank allerdings ein Rückbuchungsanspruch nach Maßgabe des *Originator's Guide*. Verändert der Zahlungsempfänger den einzuziehenden Betrag, hat er dem Zahler dies ebenfalls zehn Tage vor der betroffenen Zahlung anzukündigen. Überschreitet die anschließende Belastung des Zahlerkontos den in einer Ankündigung ausgewiesenen Zahlungsbetrag oder erfolgt eine Belastung ohne vorherige Änderungsankündigung, steht dem Zahler gegenüber seiner Bank ebenfalls ein Rückbuchungsanspruch zu. Entspricht eine Kontobelastung einer vorausgegangenen Mitteilung, gilt sie unabhängig von ihrer Rechtmäßigkeit im Valutaverhältnis als im Bank-Kunden-Verhältnis berechtigt.

Durchbrochen wird der Grundsatz der Missbrauchshaftung, wenn dem Kunden das drittseitige missbräuchliche Verhalten kraft Anscheinsvollmacht (*ostensible authority*) oder schlüssigen Verhaltens (*agency by estoppel*) zurechenbar ist.

Zudem kann die Bank dem Kunden grundsätzlich eigene vertragliche oder deliktische Schadensersatzansprüche entgegenhalten. Zu berücksichtigen ist bei Kreditkartenmissbrauch allerdings die spezialgesetzliche Haftungsprivilegierung des Consumer Credit Act 1974, welche die Haftung des Kunden – unbeschadet gewisser Ausnahmen – auf £ 50 beschränkt und jegliche Schadensersatzansprüche der Bank gegenüber dem Kunden in Bezug auf den Missbrauchsvorgang ausschließt. Haftungsprivilegierende Wirkung zugunsten des Bankkunden entfalten für Debit- und Chargekarten im jeweiligen personellen Anwendungsbereich zudem der *Banking* und der *Business Banking Code*, deren für den Kunden begünstigende Haftungsbestimmungen kraft Gewohnheit als *implied terms* Bestandteil des allgemeinen Bankgeschäftsvertrags bzw. des Kartenemissionsvertrags werden: Durch Anwendung des (*Business*) *Banking Code* wird die volle Haftung des berechtigten Karteninhabers sowohl bei Debit- als auch bei Chargekartendrittmissbrauch auf grobe Fahrlässigkeit und die Haftung für einfache Fahrlässigkeit auf maximal £ 50 beschränkt. Soweit der (*Business*) *Banking Code* Sorgfaltspflichten des Bankkunden nennt, werden diese im Einklang mit dem *Unfair Contract Terms Act 1977* und den *Unfair Terms in Consumer Contract Regulations 1999* sowie des Prinzips

von Treu und Glauben (*good faith*) erst bei ausdrücklicher Vereinbarung Bestandteil des jeweiligen Bankvertrags.

Ähnlich wie in Deutschland entstehen der Bank insbesondere bei der Durchsetzung von Schadensersatzansprüchen in Ermangelung ergiebiger Beweismittel gewisse Schwierigkeiten in der Beweisführung über vertragliche oder deliktische Pflichtverletzungen des Kunden. Anders als im deutschen Recht haben sich allerdings in der Rechtsprechung keine Beweiserleichterungen etabliert, die der Bank aus der Beweisnot verhelfen.

C. Die Rechtslage in Spanien

I. Die Überweisung

1. Rechtliche Grundlagen der Überweisung

a. Einführung

Die Banküberweisung (*transferencia bancaria*) gilt als ein besonderer Fall der Übertragung von Geldmitteln, bei dem durch äquivalente Buchungsvorgänge eine Belastung des Girokontos des Überweisenden in Höhe eines Betrags erfolgt, der dem Empfängerkonto gutgeschrieben wird.⁶⁹³ Sowohl Überweisender als auch Überweisungsempfänger haben zwingend jeweils ein Girokonto bei einem Kreditinstitut zu unterhalten.⁶⁹⁴ Es spielt keine Rolle, ob beide Konten bei derselben oder bei unterschiedlichen Banken geführt werden.⁶⁹⁵

Unterscheiden lassen sich drei Kategorien von Überweisungen, die sich insbesondere nach Art der Rechtsbeziehung zwischen den kontoführenden Banken von Überweisendem und Überweisungsempfänger voneinander abgrenzen lassen.⁶⁹⁶ Sind Inhaber von Belastungs- und Gutschriftskonto identisch und wird die Überweisung innerhalb derselben Geschäftsstelle einer Bank vorgenommen, spricht man von „Umschreibung“ (*traspaso*).⁶⁹⁷ Häufig liegt einer Umschreibung der besondere Sachverhalt zugrunde, dass nicht der Bankkunde, sondern die kontoführende Bank selbst zur Deckung eines Kontos ein anderes Konto des Bankkunden belastet. Zu dieser Transaktion ist die Bank regelmäßig aufgrund entsprechender Klauseln im Girovertrag berechtigt.⁶⁹⁸ Sind Überweisender und Überweisungsempfänger zwar nicht identisch, werden die Konten beider Beteiligten jedoch trotzdem bei derselben Bank geführt, handelt es sich um eine bankinterne Überweisung (*transferen-*

⁶⁹³ Zunzunegui, Derecho del mercado financiero, S.591; *De la Cuesta Rute/ Valpuesta Gastaminza*, Contratos Mercantiles, S.231; *García-Pita y Lastres*, Operaciones Bancarias Neutras, S.424.

⁶⁹⁴ Das zwingende Erfordernis beiderseitig geführter Giroverträge ist entscheidendes Abgrenzungskriterium der Überweisung von verwandten Zahlungstransaktionen, insb. dem *giro bancario* („Geldbereitstellung“) und dem *orden de abono* („Gutschriftsanweisung“): Beim *giro bancario* weist der Zahlende eine Bank an, für den Zahlungsempfänger einen bestimmten Geldbetrag entweder an seinem Wohnsitz oder bei der Bank bereitzustellen. Dabei ist unerheblich, ob der Zahlende selbst ein Konto bei der angewiesenen Bank unterhält und dieses durch die Bank belasten lässt oder ob er das Geld in bar zur Verfügung stellt. Entscheidend ist, dass das Geld dem Zahlungsempfänger nicht auf einem Konto gutgeschrieben, sondern in bar bereitgestellt wird, sodass ein Empfängerkonto in die Zahlungstransaktion nicht einbezogen wird. Beim *orden de abono* hingegen hält der Zahlende den zu übermittelnden Geldbetrag in bar bereit, um ihn auf dem Konto des Zahlungsempfängers gutschreiben zu lassen (*Alvarado Herrera*, CDC Dez. 1995, Nr. 18, S.213, 216 ff.).

⁶⁹⁵ *De la Cuesta Rute/Valpuesta Gastaminza*, Contratos Mercantiles, Band 3, S.232.

⁶⁹⁶ *Vázquez Pena*, La transferencia bancaria de crédito, S.116 ff.; *Alvarado Herrera*, La transferencia bancaria, S.41 f.; *De la Cuesta Rute/Valpuesta Gastaminza*, Contratos Mercantiles, Band 3, S.232.

⁶⁹⁷ *De la Cuesta Rute/Valpuesta Gastaminza*, Contratos Mercantiles, Band 3, S.232; *Vázquez Pena*, La transferencia bancaria de crédito, S.117 ff.

⁶⁹⁸ *Alvarado Herrera*, La transferencia bancaria, S.42.

cia interior).⁶⁹⁹ Bei der bankexternen Überweisung (*transferencia exterior*) werden Belastungs- und Gutschriftskonto bei unterschiedlichen Banken geführt.⁷⁰⁰ Zu unterscheiden sind zwei verschiedene Ausformungen der bankexternen Überweisung: Zum einen können beide kontoführenden Banken gegenseitige Konten unterhalten (*cuentas mutuas de correspondencia*), durch die sie in bestimmten Zeitabständen eine Verrechnung der beiderseitigen Ansprüche vornehmen. Die innerhalb dieses Korrespondenzbanksystems abgewickelten Überweisungen nennen sich „direkte Überweisungen“ (*transferencias directas*).⁷⁰¹ Sofern eine direkte Interbankverbindung zwischen beiden Banken nicht existiert (*transferencia indirecta*), muss ein drittes Kreditinstitut eingeschaltet werden (*banco intermediario*), bei dem sowohl die Bank des Überweisenden als auch die Bank des Empfängers ein Verrechnungskonto unterhalten.⁷⁰²

Für inländische Überweisungen hält die spanische Rechtsordnung keine spezialgesetzlichen Vorschriften bereit. Die Überweisungsrichtlinie⁷⁰³ wurde durch das Gesetz 9/1999 vom 12. April 1999 in spanisches Recht umgesetzt, ohne jedoch über den zwingenden Anwendungsbereich der Richtlinie hinaus auch auf rein innerspanische Überweisungen anwendbar zu sein.⁷⁰⁴ Zur genauen Bestimmung des Anwendungsbereichs ist die Definition von „grenzüberschreitender Überweisung“ aus Art.2 f der Überweisungsrichtlinie heranzuziehen.

In Ermangelung spezialgesetzlicher Vorschriften richtet sich das Rechtsverhältnis zwischen dem Überweisenden und seiner Bank nach allgemeinen kommissions- und handelsauftragsrechtlichen Vorschriften sowie den zugrunde liegenden Vertragsbeziehungen unter Beachtung der allgemeinen Vorschriften des Schuld- und Vertragsrechts des *Código Civil (Derecho de Obligaciones y Contratos)*.⁷⁰⁵

b. Rechtsnatur der Überweisung

In der Literatur gibt es unterschiedliche Ansätze zur Bestimmung der Rechtsnatur der Überweisung. Vereinzelt wird sie als Forderungsabtretung (*cesión de crédito*) verstanden. Nach dieser Auffassung tritt der Überweisende einen Anspruch aus dem Girovertrag gegen seine Bank auf Auszahlung in Höhe des Überweisungsbetrags an den Überweisungsempfänger ab.⁷⁰⁶ Es gibt jedoch gewichtige Argumente gegen dieses Erklärungsmodell: Die Forderungsabtretung bedarf üblicherweise nicht der Zustimmung des Schuldners, sondern wird allein zwischen Zessionar und Zedent unabhängig vom Schuldner vereinbart. Bei der Überweisung nimmt die Bank hingegen erheblichen Einfluss auf die Überweisung. Ohne ihr aktives Eintreten ist die Überweisungstransaktion gar nicht denkbar. Die girovertragliche Ausführungsverpflichtung ändert nichts an der Abhängigkeit der Überweisung von der tatsächlichen Durchführung durch die Bank.⁷⁰⁷ Zudem ist für eine Forderungsabtretung eine Abtretungsvereinbarung zwischen Zessionar und Zedent zwingende Voraussetzung. Die Überweisung wird jedoch ohne vorherige Zustimmung des Überweisungsempfängers durchgeführt. Wegen

⁶⁹⁹ Zunzunegui, *Derecho del mercado financiero*, S.594; Vázquez Pena, *La transferencia bancaria de crédito*, S.116.

⁷⁰⁰ Zunzunegui, *Derecho del mercado financiero*, S.594.

⁷⁰¹ Vázquez Pena, *La transferencia bancaria de crédito*, S.121;

⁷⁰² Alvarado Herrera, *La transferencia bancaria*, S.42 f.

⁷⁰³ Siehe oben in Kap.1 C.

⁷⁰⁴ Fernando Martínez Sanz, *Manual de Derecho Mercantil*, S.236.

⁷⁰⁵ García-Pita y Lastres, *Operaciones Bancarias Neutras*, S.452.

⁷⁰⁶ Vgl. Zunzunegui, *Derecho del Mercado Financiero*, S.594.

⁷⁰⁷ Alvarado Herrera, *CDC* Dez. 1995, Nr. 18, S. 213, 250.

dieser erheblichen Strukturunterschiede lehnen herrschende Lehre und Rechtsprechung dieses Lösungsmodell ab.⁷⁰⁸

Teile der Literatur operieren bei der Bestimmung der Rechtsnatur der Überweisung mit der Rechtsfigur des Vertrags zugunsten Dritter (*contrato/estipulación a favor de terceros*). Nicht die Überweisung selbst, sondern der Girovertrag zwischen dem Überweisenden und seiner kontoführenden Bank soll dabei als Vertrag zugunsten Dritter einzuordnen sein. Die Unbestimmtheit von Begünstigtem und konkreter Leistung stehen einem Vertrag zugunsten Dritter nach allgemeiner Auffassung nicht entgegen.⁷⁰⁹ Der Überweisungsempfänger hätte nach diesem Verständnis einen selbständigen Erfüllungsanspruch gegen das überweisende Kreditinstitut. Außerdem würde die Überweisung bereits zum Zeitpunkt der Einverständniserklärung des Begünstigten hinsichtlich des Erwerbs des eigenständigen Erfüllungsanspruchs gemäß Art.1257 II CC unwiderruflich sein. Diese zeitliche Limitierung der Widerrufbarkeit widerspräche jedoch der Regelung des Art.279 CCom über die Widerrufbarkeit des Kommissionsgeschäfts,⁷¹⁰ nach der eine Überweisung bis zum Zeitpunkt der tatsächlichen Durchführung der Überweisungstransaktion widerrufbar ist.⁷¹¹

Ein bedeutender Teil der Lehre qualifiziert die Überweisung demgegenüber als Schuldübernahme (*delegación de deuda*).⁷¹²

In Abkehr von diesen traditionellen Erklärungsmodellen lehnt es eine sich im Vordringen befindliche Auffassung schließlich ab, die Überweisung den typisierten Rechtsfiguren des Zivilrechts unterzuordnen, und betrachtet die einzelnen Rechtsverhältnisse im Rahmen einer Überweisungstransaktion stattdessen getrennt voneinander. Die Überweisung ist nach dieser Ansicht ein eigenständiges Verfahren des Zahlungsverkehrs zur Übertragung von Buchgeld, dessen Komplexität aufgrund der Verschiedenartigkeit der ihm innewohnenden Rechtsbeziehungen in seiner Gesamtheit keine Einordnung in die bestehenden Strukturen des *Código Civil* erlaube.⁷¹³

Für die Zordnung des Drittmisbrauchsrisikos im Bank-Kunden-Verhältnis ist die Rechtsnatur der Überweisung nicht von entscheidender Bedeutung, sodass eine Streitentscheidung vorliegend dahinstehen kann.

2. Die einzelnen Rechtsverhältnisse

a. Das Rechtsverhältnis zwischen dem Überweisenden und seinem Kreditinstitut

Erst aus dem Zusammenspiel unterschiedlicher Verträge zwischen dem Überweisenden und seinem Kreditinstitut erwächst das Gesamtgefüge aller die Überweisung betreffenden beiderseitigen Rechte und Pflichten.⁷¹⁴ Grundlage jeder Überweisung ist der Girovertrag (*contrato de cuenta corriente*). Weist der Karteninhaber die Bank im Rahmen des Giroverhältnisses zur Durchführung der Überweisungstransaktion an, entsteht zwischen beiden ein auftragsrechtlich geprägter Kommissionsver-

⁷⁰⁸ Alvaro Herrera in CDC Dez 1995, Nr. 18, S. 213, 249; Garrigues, Contratos bancarios, S.555, Sequeira Martin, Contratos Bancarios, S.503.

⁷⁰⁹ Díez-Picazo, Fundamentos del derecho civil patrimonial, Band I, S. 538; Puig Brutau, Fundamentos de derecho civil, Band II, 1, S.271 ff.

⁷¹⁰ Vgl. zur Anwendung der kommissionsvertraglichen Vorschriften des *Código de Comercio* auf die Überweisung unten unter Kap.2 C. I. 2. a. 3.).

⁷¹¹ Alvarado Herrera, CDC Dez. 1995, Nr.18, S.213, 253.

⁷¹² Sánchez Calero/ Sanchez-Calero Guilarte, Instituciones de derecho mercantil, S.396; Motos Guirao, R.D.M. 1958, Nr.68, S.273; Garrigues, Contratos Bancarios, S.555 ff. Die konkrete Art der Schuldübernahme ist innerhalb dieser Auffassung allerdings äußerst strittig (vgl. hierzu eingehend. Alvarado Herrera, CDC Dez. 1995, Nr.18, S.213, 255, dies. La transferencia bancaria, S.51).

⁷¹³ Zunzunegui, Derecho del mercado financiero, S. 593; García-Pita y Lastres, Operaciones bancarias neutras, S.443; Noval Pato, Las transferencias bancarias indirectas, S.94 f.

⁷¹⁴ Vgl. ausf. Alfaro Aguila-Real, CDC Sep. 1995, Nr.17, S.38 ff.

trag (*contrato de comisión*) und mit ihm eine Reihe eigenständiger vertraglicher Rechte und Pflichten. Zudem gelangt zwischen ihnen ein Verwahrungsvertrag (*contrato de depósito*) zur Entstehung, sobald der Kontoinhaber Geld bei der Bank einzahlt oder (Giral-)Geld zum Zwecke der Gutschrift auf seinem Konto bei ihr eingeht.

1.) Der Girovertrag

Der Girovertrag verpflichtet das kontoführende Kreditinstitut gegenüber dem Kontoinhaber zu einer Reihe bankgeschäftlicher Leistungen (*servicios de caja*).⁷¹⁵ Zu ihnen gehört auch die ordnungsmäßige Verbuchung von Gutschriften und Belastungen im Rahmen begünstigender bzw. belastender Überweisungstransaktionen.⁷¹⁶ Um eine Überweisung zu veranlassen, hat der Kunde seiner Bank eine entsprechende Weisung zu erteilen, zu deren Ausführung die Bank girovertraglich verpflichtet ist.⁷¹⁷ Bereits mit Abschluss des Girovertrags entsteht die Verpflichtung zur Ausführung aller zukünftigen Überweisungsaufträge.⁷¹⁸ Da mit dem Überweisungsauftrag zwischen Bank und Kontoinhaber auch ein kommissionsvertragliches Rechtsverhältnis entsteht und die kommissionsrechtlichen Vorschriften speziellere Regelungen über die Durchführung einer Zahlungstransaktion vorsehen, bestimmt sich die inhaltliche Reichweite der Überweisungsverpflichtung nach dem Kommissionsrecht.⁷¹⁹ Die kommissionsrechtlichen Vorschriften konkretisieren insofern die girovertraglichen Pflichten. Der Girovertrag entfaltet gegenüber der Bank außerdem kompetenzbegrenzende Wirkung indem er sie verpflichtet, lediglich solche Überweisungen durchzuführen, denen eine zurechenbare Weisung des Kontoinhabers zugrunde liegt. Mit dieser Verpflichtung einher geht die Pflicht zur Überprüfung der Echtheit und Unverfälschtheit der eingehenden Überweisungsaufträge.⁷²⁰

2.) Der Überweisungsauftrag

a.) Rechtsnatur

Die Weisung selbst ist kein eigenständiger Träger von Rechten und Pflichten. Vielmehr aktiviert sie als „Auslöser“ zum einen die bereits bestehende girovertragliche Verpflichtung zur Durchführung einer Überweisungstransaktion⁷²¹ und zum anderen führt sie zwischen Kontoinhaber und Bank zum Entstehen eines Auftragsverhältnisses gemäß Art.1718 CC mit dem Inhalt der Durchführung einer Überweisung mit den im Überweisungsauftrag bezeichneten Daten. Der Überweisungsauftrag fungiert in diesem Rahmen als Angebot, das nach Zugang wegen antizipierter Annahme durch Abschluss des Kontoführungsvertrags seitens der Bank keiner weiteren Annahme mehr bedarf.⁷²²

b.) Formfreiheit

Grundsätzlich ist der Auftrag formfrei möglich. Allerdings sind gewisse inhaltliche Angaben im Überweisungsauftrag unentbehrlich, ohne welche die Bank die Durchführung der Überweisung

⁷¹⁵ *Sanz Martínez*, Manual de derecho mercantil, S.235.

⁷¹⁶ *Noval Pato*, Las transferencias bancarias indirectas, S. 31 f.; *Garrigues*, Contratos bancarios, S.158; *García-Pita y Lastres*, Operaciones bancarias neutras, S.301, 425; *Alvarado Herrera*, La transferencia bancaria, S.72; *Vázquez Peña*, La transferencia bancaria de crédito, S.193 ff; *Embid Irujo*, Cuenta corriente bancaria, S.195 ff.

⁷¹⁷ *Noval Pato*, Las transferencias bancarias indirectas, S.32 f.

⁷¹⁸ *Noval Pato*, Las transferencias bancarias indirectas, S.36.

⁷¹⁹ Siehe im nachfolgenden Kap.2 C. I. 2. a. 3.).

⁷²⁰ *Alonso Espinosa*, La Ley 1992, Band 1, 226, 230; *Alvarado Herrera*, La transferencia bancaria, S.302.

⁷²¹ *Alvarado Herrera*, La transferencia bancaria, S.81.

⁷²² *Alvarado Herrera*, La transferencia bancaria, S.84; a.A. *Noval Pato*, der den Überweisungsauftrag als einseitig verpflichtendes Rechtsgeschäft qualifiziert, das aufgrund der einseitigen Verpflichtung keiner Annahme durch die kontoführende Bank bedarf (in: *Las transferencias bancarias indirectas*, S.35).

nicht vornehmen kann.⁷²³ Zur Entfaltung der entsprechenden Rechtswirkung reicht grundsätzlich jede Mitteilung an die kontoführende Bank aus, die den Willen des Kontoinhabers zur Vornahme der Überweisung erkennen lässt. Der Auftrag kann insofern mündlich, schriftlich, elektronisch oder in jedweder sonstigen Form abgegeben werden.⁷²⁴ Nicht zuletzt aus beweisrechtlichen Gründen wird die Formfreiheit in der Praxis jedoch im Girovertrag durch die ausdrückliche Bezeichnung der zulässigen Kommunikationskanäle begrenzt.⁷²⁵ Der typische Standardvertrag erlaubt die schriftliche Erteilung eines Überweisungsauftrags, während für die übrigen Arten der Auftragserteilung (z.B. Telefon- oder *Internet-Banking*) entsprechende Zusatzverträge geschlossen werden.⁷²⁶

c.) Widerrufbarkeit

Haftungsrelevanz würde die Widerrufbarkeit einer Überweisung entfalten, wenn der Überweisende seine Bank durch Widerruf zur Wiedergutschrift des Missbrauchsbetrags verpflichten könnte, um sich hierdurch schadlos zu halten. Grundsätzlich ist der Überweisende gemäß Art.279 CCom berechtigt, den Überweisungsauftrag formfrei zu widerrufen,⁷²⁷ sofern die Widerrufbarkeit der Überweisung nicht vertraglich ausgeschlossen wurde.⁷²⁸ Allerdings unterliegt die Widerrufbarkeit zeitlichen Grenzen. Gemäß Art.279 CCom bleibt der Kommittent zumindest an diejenigen Folgen der Auftragsausübung gebunden, die bereits vor der Widerrufsmittteilung an den Kommissionär eingetreten sind.⁷²⁹ Daraus folgt, dass der Widerruf eines Überweisungsauftrags nur bis zum Zeitpunkt der Ausführung der Überweisung möglich ist.⁷³⁰ In der Literatur sind allerdings Reichweite und Umfang der Ausführungsverpflichtung und somit auch die zeitlichen Grenzen des Widerrufs umstritten. Unstrittig ist das überweisende Kreditinstitut bei bankinternen Überweisungen sowohl zur Belastung des Zahlerkontos als auch zur Gutschriftsbuchung auf dem Empfängerkonto verpflichtet.⁷³¹ Die Literatur ist sich deshalb auch überwiegend einig, dass der Überweisende den Überweisungsauftrag bis zur Gutschrift auf dem Empfängerkonto widerrufen kann.⁷³² Inhalt und Reichweite der Ausführungsverpflichtung der überweisenden Bank bei bankexternen Überweisungen sind demgegenüber strittig. Nach der Theorie des Auftrags zur Beauftragung (*teoría del mandato de mandatar*)⁷³³ ist die überweisende Bank lediglich zur Anweisung der in der Überweisungskette im Interbankverhältnis nachgeschalteten Bank verpflichtet, sodass die Widerrufbarkeit bereits nach Erfüllung dieser Verpflichtung ausgeschlossen wäre.⁷³⁴ Jedem an der Überweisungstransaktion beteiligten Institut könnte dann allerdings zumindest die Pflicht zukommen, der jeweils nachgeschalteten Bank den Widerrufswillen des Überweisenden zu kommunizieren.⁷³⁵ Für diese Lösung spricht, dass die Interessen aller Beteiligten berücksichtigt werden: Die erstüberweisende Bank wäre dazu

⁷²³ Hierzu gehören der Überweisungsbetrag, die Konten von Überweisendem und Überweisungsempfänger, die Person des Empfängers und dessen kontoführende Bank bzw. die kontoführende Filiale, die Kontonummer des Empfängerkontos sowie das Ausstellungsdatum; ferner muss der Auftrag durch den Überweisenden autorisiert werden (*Alvarado Herrera*, La transferencia bancaria, S.79).

⁷²⁴ *Alvarado Herrera*, La transferencia bancaria, S.79.

⁷²⁵ *Vázquez Pena*, La transferencia bancaria de créditos, S.216.

⁷²⁶ *Alvarado Herrera*, La transferencia bancaria, S.79.

⁷²⁷ *Vázquez Pena*, La transferencia bancaria de créditos, S.218 f.

⁷²⁸ *Vázquez Pena*, La transferencia bancaria de créditos, S.222 f.

⁷²⁹ „...pero quedando siempre obligado a las resultas de las gestiones practicadas antes de haberle hecho saber la revocación [al comisionista].“

⁷³⁰ *Alvarado Herrera*, La transferencia bancaria, S.223.

⁷³¹ *García-Pita y Lastres*, Operaciones bancarias neutras, S.474

⁷³² *Sequeira Martín*, La transferencia bancaria de crédito, 2546; *Alfaro Aguila-Real*, CDC, Sep. 1995, Nr.17, S.31, 40; *Noval Pato*, Las transferencias bancarias indirectas, S.481.

⁷³³ *Alvarado Herrera*, La transferencia bancaria, S.121 ff.

⁷³⁴ *Alfaro Aguila-Real*, CDC, Sep. 1995, Nr.17, S.31, 40.

⁷³⁵ *Noval Pato*, Las transferencias bancarias indirectas, S.484 ff.

angehalten, im Interesse des Überweisenden den Abbruch des Überweisungsvorgangs zu erwirken, ohne dass sie sich aber bei Misserfolg gegenüber dem Überweisenden haftbar machen würde. Nach der weit verbreiteten Substitutionstheorie (*teoría de la sustitución en el mandato*)⁷³⁶ bestehen zwischen allen in der Überweisungskette aufeinanderfolgenden Beteiligten Auftragsverbindungen (Überweisender – Bank des Überweisenden – zwischengeschaltetes Kreditinstitut – Empfängerbank – Empfänger), die jeweils die Gutschrift des Überweisungsbetrags auf dem Empfängerkonto zum Inhalt haben. Beauftragt eine der beteiligten Parteien die im Überweisungsvorgang nachstehende mit der Herbeiführung des Leistungserfolgs, so tritt nach dieser Theorie gemäß Art.261, 262 CCom die nachstehende Partei an ihre Stelle und nimmt sich der Ausführung der Weisung an. Eine weitere Meinung qualifiziert die zwischengeschalteten Banken als Erfüllungsgehilfen der Bank des Überweisenden. Diese werden von der Bank des Überweisenden nach dieser Auffassung zur Erfüllung der Hauptverpflichtung der kommissionsgeschäftlichen Weisung eingesetzt, nämlich zur Übermittlung des Überweisungsbetrags bis zum Konto des Empfängers bei seiner Bank. Nach diesen beiden Auffassungen unterscheidet sich die Widerrufbarkeit der bankexternen nicht von der bankinternen Überweisung und ist ebenfalls bis zum Zeitpunkt der Gutschrift des Überweisungsbetrags auf dem Empfängerkonto möglich.⁷³⁷ Nach noch weitergehender Auffassung wird schließlich vertreten, der Widerruf sei solange zulässig, bis die Bank eine Gutschrift auf dem Konto des Empfängers vorgenommen und die Bank dem Überweisungsempfänger eine entsprechende Mitteilung gemacht hat.⁷³⁸ Nach jeder dieser Auffassungen sind die zeitlichen Grenzen der Widerrufsfrist eng genug, um dem Überweisenden bei Drittmisbrauch die Schadloshaltung durch Widerruf gegenüber seiner Bank in aller Regel zu versagen, sodass die Widerrufbarkeit für die Drittmisbrauchszuordnung im Überweisungsverkehr keine signifikante Rolle spielt.

3.) Das Kommissionsgeschäft

a.) Anwendung der kommissionsrechtlichen Vorschriften des *Código de Comercio*

Die Anwendbarkeit der kommissionsrechtlichen Vorschriften des *Código de Comercio* (Art.244 bis 280) ergibt sich aus Art.244 CCom:

Sowohl bei der Überweisung als auch bei der Durchführung der übrigen Bankgeschäfte (*servicios de caja*) handelt die kontoführende Bank als Auftragnehmerin des Kontoinhabers,⁷³⁹ sodass die Grundvoraussetzung des Art.244 CCom erfüllt ist.

Ferner sind Überweisungen Handelsgeschäfte im Sinne des *Código de Comercio*. Zwar ist die Überweisung selbst im *Código de Comercio* nicht ausdrücklich als solches aufgeführt, doch dies ist gemäß Art.2 CCom auch nicht zwingend erforderlich. Gemäß dieser Bestimmung sind neben den im Gesetz explizit bezeichneten Geschäften auch alle anderen Aktivitäten als Handelsgeschäfte zu qualifizieren, deren Natur einem der ausdrücklich im *Código de Comercio* genannten Geschäfte entspricht (Art.2 II CCom). In Art.177 CCom wird die „Geldbereitstellung“ durch die Bank (*giro bancario*) ausdrücklich als typisches Bankgeschäft aufgeführt und ist somit Handelsgeschäft i.S.d. Art.2 I CCom. Ihre Ähnlichkeit zur Geldbereitstellung⁷⁴⁰ verleiht der Überweisung insofern über den Umweg des Art.2 II CCom ebenfalls den Charakter eines Handelsgeschäfts.

⁷³⁶ Alvarado Herrera, La transferencia bancaria, S.126 ff.

⁷³⁷ Vgl. Fn.50 in Alvarado Herrera, La transferencia bancaria, S.224.

⁷³⁸ Vgl. Fn. 60 in Alvarado Herrera, La transferencia bancaria, S. 226; ausf. zum Meinungsstreit des Umfangs der Ausführungsverpflichtung der überweisenden Bank m.w.N. *dies.*, S. 121 ff.).

⁷³⁹ M.w..N. Alvarado Herrera, CDC Dez. 1995, Nr.18, 213, 237.

⁷⁴⁰ Zur Geldbereitstellung (*giro bancario*) siehe oben in Kap.2 C. I 1. a.

Letzte Voraussetzung des Art.244 CCom ist schließlich die Kaufmannseigenschaft eines der am Rechtsgeschäft Beteiligten, die regelmäßig durch die Beteiligung eines Kreditinstituts erfüllt ist. Wegen Art.244 CCom sind primär die Vorschriften des *Código de Comercio* zum Kommissionsgeschäft anzuwenden (Art.244 bis 302 CCom) und, sofern weitere spezialgesetzliche Vorschriften nicht einschlägig sind,⁷⁴¹ gemäß Art.50 CCom subsidiär die auftragsrechtlichen Bestimmungen des *Código Civil* (Art.1709 bis 1739 CC).⁷⁴² Die Rechte und Pflichten zwischen den Beteiligten entfaltet das Kommissionsgeschäft ab dem Zeitpunkt, an dem das überweisende Kreditinstitut die Überweisungsanweisung erhält.⁷⁴³

b.) Wesentliche kommissionsvertragliche Pflichten

Von einer Reihe vertraglicher Nebenpflichten begleitet, steht im Mittelpunkt des Kommissionsvertrags die Verpflichtung der Bank nach Art.254, 255 CCom zur unverzüglichen⁷⁴⁴ und ordnungsmäßigen Ausführung des Überweisungsauftrags. Sofern zwischen dem Überweisenden und seiner Bank nichts Gegenteiliges vereinbart wird, besteht diese Verpflichtung gemäß Art.250 CCom allerdings nur dann, wenn das Konto des Überweisenden in entsprechender Höhe gedeckt ist.⁷⁴⁵ Führt die Bank die Überweisung mangels ausreichender Kontodeckung nicht aus, ist sie ihrerseits gemäß Art.255, 266 CCom dem Kunden zur unverzüglichen Mitteilung der Undurchführbarkeit der Überweisungstransaktion verpflichtet. Ist die Durchführbarkeit aufgrund anderer Gründe ausgeschlossen (z.B. unleserliche, unschlüssige, fehlerhafte Angaben hinsichtlich des Überweisungsauftrags), ergibt sich eine entsprechende Mitteilungsverpflichtung der Bank aus Art.260 CCom. Darüber hinaus hat die Bank dem Überweisenden regelmäßig Auszüge zuzusenden, aus denen sich der Erfolg der Durchführung der Überweisung ergibt, Art. 263 CCom.

Kernverpflichtung des Kunden gegenüber der Bank ist die Entrichtung einer angemessenen Gebühr für die Überweisung gemäß Art.277 CCom,⁷⁴⁶ sowie der Kosten, die der Bank im Rahmen der Überweisungstransaktion entstanden sind, Art.278 CCom.

4.) Der Verwahrungsvertrag

Geht bei der kontoführenden Bank zur Gutschrift auf dem Konto des Überweisenden Bar- oder Girogeld ein, entsteht neben dem Girovertrag auch ein verwahrungsvertragliches Verhältnis zwischen Bank und Überweisendem nach Maßgabe von Art.303 bis 310 CCom.⁷⁴⁷ Unerheblich ist gemäß Art.307 III CCom, dass das Buchgeld als Bezugsobjekt des Verwahrungsvertrags naturgemäß nicht bestimmte Münzen oder Scheine spezifiziert.⁷⁴⁸

b. Die Rechtsverhältnisse zwischen den beteiligten Banken

Bei der bankexternen Überweisung müssen Zahler- und Empfängerbank zur Übertragung des Girogelds miteinander verbunden sein. In der Regel besteht hierzu entweder eine direkte Korrespon-

⁷⁴¹ Zu weiteren spezialgesetzlichen Regelungen siehe *Alvarado Herrera*, La transferencia bancaria, S.74 f.

⁷⁴² *Alvarado Herrera*, La transferencia bancaria, S. 74; *Noval Pato*, Las transferencias bancarias indirectas, S. 32 f.

⁷⁴³ *Alfaro Aguila-Real*, CDC Sept. 1995, Nr.17, S.31, 41; *Alvarado Herrera*, CDC Dez. 1995, Nr.18, S.213, 238.

⁷⁴⁴ *Zunzunegui*, Derecho del mercado financiero, S.596; *Vázquez Pena*, La transferencia bancaria de crédito, S.237.

⁷⁴⁵ *Alfaro Aguila-Real*, CDC Sept. 1995, Nr.17, S.41; *Noval Pato*, Las transferencias bancarias indirectas, S.36; *Alvarado Herrera*, CDC Dez. 1995, Nr.18, S.213, 238.

⁷⁴⁶ *Noval Pato*, Las transferencias bancarias indirectas, S.40; *Alvarado Herrera*, CDC Dez.1995, Nr.18, S.213, 237 f.

⁷⁴⁷ *Alonso Espinosa*, La Ley 1992, Band 1, 227, 228 f.

⁷⁴⁸ *Alonso Espinosa*, La Ley 1992, Band 1, 226, 228.

denzbankverbindung⁷⁴⁹ oder die Überweisung wird über Clearingzentralen⁷⁵⁰ oder ein Verrechnungssystem abgewickelt. Obwohl eine bilaterale Verrechnung der Ansprüche zwischen zwei Banken grundsätzlich möglich ist, beteiligt sich in der Praxis die Mehrzahl der Banken an multilateralen Lösungen.⁷⁵¹ Während beim Einsatz von Clearingzentralen zwischen den beteiligten Banken die relevanten Informationen in physischer Form durch Übertragung von Dokumenten oder Magnetbändern ausgetauscht werden, findet der Informationsaustausch im Rahmen des landesweit wichtigsten elektronischen Verrechnungssystems „*Sistema Nacional de Compensación Electrónica*“ (SNCE)⁷⁵² auf elektronischem Weg durch Vernetzung der Computer der beteiligten Banken statt. Unabhängig von der Art der Interbankverbindung sind alle Rechtsverhältnisse zwischen der Bank des Überweisenden und nachgeschalteten Institutionen kommissionsvertraglicher Natur.⁷⁵³

c. Das Rechtsverhältnis zwischen dem Empfänger und seiner Bank

Die Empfängerbank ist gegenüber dem Empfänger im Rahmen des Girovertrags zur Gutschriftsbuchung in Höhe des Überweisungsbetrags verpflichtet. Dabei handelt sie gegenüber dem Überweisungsempfänger als Kommissionär, sodass die Regeln des Kommissionsgeschäfts und subsidiär diejenigen des Auftragsvertrags Anwendung finden.⁷⁵⁴ Da die Empfängerbank bei Ausübung ihrer Bankdienstleistungen mit gebotener Sorgfalt vorzugehen hat, ist sie verpflichtet, die Gutschrift zugunsten des Empfängers so zügig wie möglich vorzunehmen.⁷⁵⁵

⁷⁴⁹ Zwischen den Banken besteht ein Korrespondenzvertrag (*contrato de corresponsalia*), der beide Vertragsparteien zur Durchführung gewisser Leistungen berechtigt, wie auch die entsprechenden Buchungsvorgänge zur Herbeiführung eines Überweisungserfolgs. Die Buchungen im Korrespondenzverhältnis werden üblicherweise in periodischen Zeitabständen über ein oder mehrere gegenseitige Korrespondenzkonten (*cuentas mutuas de corresponsalia*) verrechnet. (ausf. *Sequeira Martín*, La transferencia bancaria de crédito, S.2557).

⁷⁵⁰ Die konkreten Rechte und Pflichten der an einer Clearingzentrale beteiligten Bank richten sich nach dem Beitrittsvertrag. In der Regel wird die Clearingzentrale dann in alle Verrechnungsvorgänge zwischen den beteiligten Banken zwischengeschaltet, sodass sie gegenüber allen Beteiligten in die Position sowohl des Gläubigers als auch des Schuldners der vom Beitrittsvertrag erfassten Ansprüche tritt. Für jede einzelne Bank wird dann in periodischen Zeitabständen ein Saldo berechnet. Diesen Saldo teilt die Clearingstelle der Zweigstelle der Spanischen Staatsbank (Banco de España) am Standort ihres Sitzes mit, bei welcher sowohl die Clearingzentrale als auch jede einzelne der an der Clearingzentrale beteiligten Banken ein Konto unterhalten (*cuenta corriente de tesorería*). Anschließend veranlasst die Staatsbank auf beiden Konten eine entsprechende Buchung, um den Saldo zwischen Bank und Clearingstelle zu liquidieren (ausf. *Foraster Serra*, RLL 1992, Bd. III, S.996 ff.).

⁷⁵¹ *Foraster Serra*, RLL 1992, Bd. III, S.996.

⁷⁵² Das SNCE ist ein staatliches Verrechnungssystem, dessen Betrieb der Spanischen Staatsbank obliegt. Es wurde durch Regierungsverordnung mit Gesetzeskraft (*real decreto*) 1369/1987 vom 18. September gegründet und wurde am 13. März 1990 in Gang gesetzt. Am SNCE teilnehmen kann jedes Kreditinstitut, das mit der Staatsbank einen entsprechenden Beitrittsvertrag abschließt und sich dadurch dem Regelungswerk des SNCE unterwirft. Statt einer zwischengeschalteten Clearingzentrale basiert es auf einem elektronischen Clearingsystem, in dem alle Systemteilnehmer direkt durch Computerverbindungen miteinander verbunden sind. Über diese Verbindungen werden alle für eine Überweisungstransaktion notwendigen Daten an die Empfängerbank übermittelt. Die diesen Daten zugrunde liegenden Zahlungsbeträge werden für jede direkte Verbindung zwischen den Beteiligten verrechnet, sodass zwischen allen Systemteilnehmern gegenseitige Saldi errechnet werden. Diese werden in periodischen Zeitabständen der Spanischen Staatsbank übermittelt, bei der für jeden Teilnehmer ein Gesamtsaldo ermittelt wird. Die Staatsbank verbucht den positiven oder negativen Betrag anschließend auf dem bei ihr geführten Konto jeder am System teilnehmenden Bank (*Foraster Serra*, RLL 1992, Bd. III, S.996, 1001).

⁷⁵³ *Alvarado Herrera*, La transferencia bancaria, S.145; *Garrigues*, Contrarios bancarios, S.574; STS v. 29. Mai 1978, abgedr. in R.Ar. 1978, Band 1, Nr.1952, S.1657 ff.

⁷⁵⁴ *Alvarado Herrera*, La transferencia bancaria, S.194.

⁷⁵⁵ *Alfaro Aguila-Real*, CDC Sep. 1995, Nr.17, S.31, 49.

d. Das Rechtsverhältnis zwischen dem Überweisenden und dem Überweisungsempfänger

Ziel der Überweisung ist typischerweise die Gutschriftsbuchung, während ihr Rechtsgrund (*causa*)⁷⁵⁶ von Fall zu Fall variiert.⁷⁵⁷ Häufiger Rechtsgrund ist in der Praxis die Erfüllung einer Verbindlichkeit des Überweisenden gegenüber dem Überweisungsempfänger.⁷⁵⁸ Die schuldbefreiende Wirkung wurde der Überweisung in höchstrichterlicher Rechtsprechung durch allgemeine Anerkennung als Zahlungsmittel zugesprochen.⁷⁵⁹ Ist der Gläubiger mit der Überweisung als Zahlung auf die Geldschuld nicht einverstanden, hat er sich gegenüber dem Schuldner hierüber ausdrücklich mitzuteilen. Schweigen gilt als stillschweigendes Einverständnis. Der Gläubiger kann die Überweisung allerdings verweigern, wenn die Ablehnung der Überweisung gerechtfertigt ist, die Zahlung also beispielsweise nicht den gesetzlichen Voraussetzungen entspricht.⁷⁶⁰ Gemäß Art.1162 CC ist die Zahlung auf eine Geldschuld grundsätzlich allerdings gegenüber dem Gläubiger vorzunehmen, sofern nicht eine andere Person ebenfalls zur Annahme der Zahlung autorisiert ist. Mit Abschluss des Girovertrags stellt der Gläubiger seiner Bank allerdings eine Generalautorisierung zur Annahme von Geldbeträgen in seinem Namen aus, sodass die Schuld des Überweisenden mit Gutschrift des Überweisungsbetrags auf dem Empfängerkonto erlischt.⁷⁶¹

3. Die Zuordnung des Drittmissbrauchsrisikos im Bank-Kunden-Verhältnis

a. Einleitung

Zu unterscheiden ist zunächst zwischen gefälschtem (*orden falsa*) und verfälschtem Überweisungsauftrag (*orden falsificada*).⁷⁶² Gefälscht ist ein Überweisungsauftrag, wenn nicht der augenscheinliche Aussteller, sondern eine dritte unautorisierte Person einen Überweisungsauftrag in betrügerischer Absicht unberechtigt mit den Sicherheitsmerkmalen des augenscheinlichen Ausstellers, wie beispielsweise seiner Unterschrift, versieht. Verändert ein Dritter den Inhalt eines Überweisungsauftrags, der bereits von einer autorisierten Person mit den Sicherheitsmerkmalen versehen wurde, gilt der Überweisungsauftrag als verfälscht.⁷⁶³

In Ermangelung spezialgesetzlicher Vorschriften richtet sich die Missbrauchsrisikozuordnung im spanischen Recht nach allgemeiner Vertragsrechtsdogmatik. Beachtung verdienen sowohl kommissions- als auch verwahrungs- und girovertragliche Beziehung zwischen dem vermeintlich Überweisenden und seiner Bank.⁷⁶⁴ Neben den im Raume stehenden Erfüllungsansprüchen spielt das allgemeine Schadensersatzrecht eine entscheidende Rolle für die Missbrauchsrisikozuordnung. Aus dem Verstoß einer Partei gegen Vertragspflichten können der anderen Partei vertragliche Schadensersatzansprüche erwachsen.

Darüber hinaus hat der Oberste Gerichtshof (*Tribunal Supremo*) mit Urteil vom 15. Juli 1988 die Haftungsregelung des Art.156 des Gesetzes vom 16. Juli 1985 über Wechsel und Schecks (*Ley*

⁷⁵⁶ Die *causa* ist eine unabdingbare Voraussetzung für Rechtsgeschäfte, vgl. Art.275 CC; ausführlich zur *causa Santos Briz/Sierra Gil de la Cuesta*, *Tratado de Derecho Civil*, Band 3, S.281 ff.

⁷⁵⁷ *Alvarado Herrera*, *La transferencia bancaria*, S.313.

⁷⁵⁸ *Alfaro Aguila-Real*, CDC Sep. 1995, Nr.17, S.31, 55.

⁷⁵⁹ Ausf. *Alfaro Aguila-Real*, CDC Sep. 1995, Nr.17, S.31, 56 ff.

⁷⁶⁰ *Noval Pato*, *Las transferencias bancarias indirectas*, S. 55; STS v. 27. April 1945, abgedr. in R.Ar. 1945, Nr. 685, S. 417, 419.

⁷⁶¹ STS v. 27. April 1945, abgedr. in R.Ar. 1945, Nr.685, S.417, 419; kritisch hierzu *Noval Pato*, *Las transferencias bancarias indirectas*, S.55 ff.; *Martinez Sanz*, *Manual de Derecho Mercantil*, Band 2, S.235.

⁷⁶² *Sequeira Martín*, *Derecho del mercado financiero*, S.783, 802; *Alvarado Herrera*, *La transferencia bancaria*, S.251; *García-Pita y Lastres*, *Operaciones bancarias neutras*, S.500.

⁷⁶³ *Vázquez Pena*, *La transferencia bancaria de crédito*, S.251; *Alvarado Herrera*, *La transferencia bancaria*, S.251.

⁷⁶⁴ *Alonso Espinosa*, *La Ley 1992*, Band 1, 226, 228.

19/1985, *Cambiaria y del Cheque*, kurz: LCC) als auf gewisse Fälschungssachverhalte analog anwendbar erklärt.⁷⁶⁵

b. Zuweisung des Drittmissbrauchsrisikos

1.) Allgemeines Schadensersatzrecht

Der vertragliche Schadensersatz ist in Art.1101 CC zusammenfassend für Nicht-, Spät- und Schlechterfüllung geregelt. Voraussetzungen für einen Schadensersatzanspruch sind das Bestehen einer vertraglichen Pflicht, deren schuldhafte Verletzung und ein ursächlicher Schaden.⁷⁶⁶ Die bestehenden Pflichten der Vertragsparteien richten sich nach dem zugrunde liegenden Schuldverhältnis. Als schuldhaft gelten sowohl Vorsatz als auch Fahrlässigkeit. Ob Fahrlässigkeit des Betroffenen vorliegt, richtet sich maßgeblich nach den Anforderungen an die erforderliche Sorgfalt. Diese bestimmt sich gemäß Art.1104 CC nach der Natur des zugrunde liegenden Schuldverhältnisses, den Beteiligten sowie nach Zeit und Ort des Geschehens. Sie verschließt sich einer einheitlichen Beurteilung und ist anhand der jeweiligen Einzelfallumstände zu ermitteln.⁷⁶⁷ Sofern aus dem Schuldverhältnis kein eindeutiger Sorgfaltsmaßstab hervorgeht, ist grundsätzlich solche Sorgfalt anzuwenden, die dem Handeln eines guten Familienvaters entspricht (Art.1104 II CC). Während dieser Grundsatz für den Bankkunden ohne weiteres herangezogen werden kann, ist er als Grundlage zur Bestimmung der bankseitig anzuwendenden Sorgfalt wenig tauglich, denn selbst der beste Familienvater wird komplexe Bankgeschäfte vorzunehmen nicht imstande sein. Die Rechtsprechung hat für die Durchführung von Bankgeschäften deshalb einen eigenen Sorgfaltsmaßstab entwickelt, nach dem die Bank bei der Erfüllung ihrer bankgeschäftlichen Verbindlichkeiten nicht die Sorgfalt eines guten Familienvaters, sondern diejenige eines „redlichen Bankiers“ und eines „fachkundigen Geschäftsmanns“ anzuwenden hat.⁷⁶⁸

2.) Haftungsrelevanz des Kommissionsvertrags

Grundsätzlich finden die kommissionsrechtlichen Vorschriften des *Código de Comercio* (Art.244 bis 280) auf die Überweisung Anwendung.⁷⁶⁹ Haftungsrelevant könnten insbesondere Art.254, 255 und 256 CCom sein.⁷⁷⁰ Hierfür muss die Bank jedoch als Auftragnehmerin des Überweisenden auftreten. Der Auftragsvertrag (Art.1709 ff. CC) ist ein besonderes Schuldverhältnis im Sinne des vierten Buches des *Código Civil* über Verpflichtungen und Verträge (*de las obligaciones y contratos*). Unabdingbare Voraussetzung für die Entstehung eines solchen Schuldverhältnisses ist gemäß Art.1261 Nr.1, 1262 CC die Einigung der Beteiligten über dessen Gegenstand und Rechtsgrund.

⁷⁶⁵ STS vom 15. Juli 1988 ist abgedruckt in R.Ar. 1988, Nr.5717.

⁷⁶⁶ Santos Briz/Gil de la Cuesta, *Tratado de Derecho Civil*, Band 3, S.398.

⁷⁶⁷ Santos Briz/Sierra Gil de la Cuesta, *Tratado de Derecho Civil*, Band 3, S.407.

⁷⁶⁸ STS 15.07.1988 (Entscheidung 5717, R.Ar. 1988, 5633,5634); STS 29.05.1978 (Entscheidung 1952, R.Ar. 1978, 1657, 1658); *Alfaro Aguila-Real*, CDC Sept. 1995, Nr.17, 31, 42.

⁷⁶⁹ Vgl. oben unter Kap.2 C. I. 2. a. 3.) a.).

⁷⁷⁰ Die kommissionsrechtliche Haftung ergibt sich aus einem Zusammenspiel verschiedener Bestimmungen: Art.254 CCom schließt zunächst die Haftung des Kommissionärs (vorliegend die Bank) aus, wenn dieser entsprechend der Anweisungen des Kommittenten (vorliegend der Überweisende) handelt. Bei unvorhergesehenen Sachverhalten, für die der Kommittent keine ausdrückliche Anweisung gab, hat der Kommissionär gemäß Art.255 I CCom den Kommittenten hinzuzuziehen, sofern das Geschäft dies zulässt. Gemäß Art.255 II CCom hat der Kommissionär ein Geschäft mit angemessener Umsicht und Vernunft und wie eigenes auszuführen, wenn die Hinzuziehung des Kommittenten (nach Abs.1) nicht möglich oder er ermächtigt ist, nach eigener Einschätzung zu handeln. Verstößt der Kommissionär gegen eine ausdrückliche Anweisung des Kommittenten, haftet er diesem gem. Art.256 I CCom für alle Schäden. Entsprechendes gilt gem. Art.256 CCom bei Böswilligkeit und Nachlässigkeit.

Gibt ein Dritter einen gefälschten Überweisungsauftrag ab, fehlt es der Einigung an einer entsprechenden Willenserklärung des Überweisenden, sodass weder ein Auftragsvertrag, noch ein Kommissionsgeschäft zwischen den Beteiligten zustande kommen. Die Anwendung der kommissionsvertraglichen Haftungsvorschriften scheidet folglich aus.⁷⁷¹

Nichts anderes kann gelten für verfälschte Überweisungen. Zwar hat der vermeintlich Überweisende gegenüber der Bank eine Willenserklärung abgegeben, durch welche er die Einigung über den Rechtsgrund der Überweisung bekundet. Durch die drittseitige inhaltliche Verfälschung des Überweisungsauftrags korrespondieren die Willenserklärungen von Bank und Kunde jedoch nicht in Bezug auf den Gegenstand des Auftrags. Gemäß Art.1261 Nr.1, 1262 CC kann mithin auch in diesem Fall kein Kommissionsvertrag zwischen dem vermeintlich Überweisenden und der Bank entstehen.

Die üblicherweise bei einer fehlerfreien Überweisung entstehende kommissionsvertragliche Verbindung zwischen Bank und Kunden hat mithin weder bei gefälschtem noch bei verfälschtem Überweisungsauftrag Einfluss auf die Missbrauchshaftung.

3.) Haftungsrelevanz des Girovertrags

Wie bereits oben dargelegt, ist eine Überweisung stets eingebettet in ein Girovertragsverhältnis zwischen dem Überweisenden und seiner Bank. Auch aus ihm entspringt für Bank und Kunde eine Reihe gegenseitiger Pflichten.

Neben der Ausführungsverpflichtung selbst gehört hierzu vor allem die Pflicht zur Überprüfung der Authentizität der Überweisungsanweisung.⁷⁷² Der genaue Ablauf und Inhalt dieser Überprüfungsmaßnahme hängt von der Art der Erteilung des Überweisungsauftrags ab. Bei schriftlicher Auftragserteilung identifiziert sich der Überweisende in aller Regel mittels Unterschrift auf dem Überweisungsträger, welche die Bank mit einer ihr vorliegenden Originalunterschrift des Überweisenden zu vergleichen hat. Moderne Methoden der Auftragserteilung wie etwa das Telefon- und Internet-Banking verlangen für die Identifizierung des Überweisenden häufig Zahlen- und Buchstabencodes (z.B. PIN/TAN und Passwort), deren Richtigkeit die Bank vor Durchführung der Zahlungstransaktion zu überprüfen hat. Zudem hat die Bank eine inhaltliche Schlüssigkeitsprüfung anhand der Angaben des Überweisenden vorzunehmen.⁷⁷³

Führt die kontoführende Bank einen gefälschten oder verfälschten Überweisungsauftrag durch und überprüft sie nicht sorgfältig seine Authentizität (Vergleich der Unterschrift, Prüfung der Richtigkeit von PIN/TAN etc.), haftet sie gegenüber dem Kontoinhaber nach allgemeinen Grundsätzen gemäß Art.1101 CC. Handelt die Bank hingegen im Einklang mit der ihr obliegenden Sorgfalt, scheidet eine Haftung aus.⁷⁷⁴

Ein Schadensersatzanspruch des Zahlungsdienstnutzers wird nach den Grundsätzen des Mitverschuldens (*compensación de culpas*) gekürzt, wenn dem Überweisenden ebenfalls sorgfaltswidriges

⁷⁷¹ *Alonso Espinosa*, La Ley 1992, Band 1, 226, 228.

⁷⁷² Die Existenz einer vertraglichen Verpflichtung der Bank zur Überprüfung der Authentizität eines Überweisungsauftrags ist in der Literatur allgemein anerkannt. Welchem Vertragsverhältnis die Verpflichtung entspringt, ist jedoch strittig. Während *Alvaro Herrera* die Pflicht dem Verwahrungsvertrag zuschreibt (La transferencia bancaria, S.81), ordnet *Alonso Espinosa* sie dem Girovertrag zu (La Ley 1992, Band 1, 226, 230). Überzeugend erscheint es, diese Verpflichtung sowohl dem Girovertrag als auch dem Verwahrungsvertrag als auch dem Kommissionsvertrag zugrunde zu legen, da die Bank in jedem dieser Verträge eine Position einnimmt, in der von ihr eine gewissenhafte Überprüfung der Authentizität des Überweisungsauftrags zu erwarten ist. Es besteht kein Grund, die Verpflichtung exklusiv einem der Vertragsverhältnisse zuzuschreiben.

⁷⁷³ *Alvaro Herrera*, La transferencia bancaria, S.83.

⁷⁷⁴ *Alonso Espinosa*, La Ley 1992, Band 1, 226, 230 f.

Handeln vorzuwerfen ist.⁷⁷⁵ Denkbar ist dies vor allem, wenn er die Bank trotz eigener Kenntnis nicht über eine unrechtmäßige Kontobelastung informiert. Die mitverschuldensbedingte Anspruchskürzung scheidet allerdings aus, sofern eine rechtzeitige Meldung den Schaden nicht hätte vermeiden können.⁷⁷⁶

4.) Haftungsrelevanz des Verwahrungsvertrags

Gemäß Art.306 I CCom ist der Verwahrer verpflichtet, die verwahrte Sache so zu erhalten, wie sie ihm anvertraut wurde, und sie auf Weisung des Berechtigten samt ihrer Wertzuwächse herauszugeben. Erhaltungs- und Rückgabeanspruch des Gläubigers haben dabei einen nahezu absoluten Charakter und können nur in besonderen Ausnahmefällen, namentlich bei höherer Gewalt und unvorhersehbaren Ereignissen, entfallen.⁷⁷⁷

Vor diesem Hintergrund entfaltet der Verwahrungsvertrag für den Kontoinhaber beim Missbrauch die stärkste Schutzwirkung: Die Ausführung eines gefälschten Überweisungsauftrags hat weder die Qualität eines unvorhersehbaren Ereignisses noch ist sie als höhere Gewalt zu werten. Ohne auf das allgemeine Schadensersatzrecht zurückgreifen zu müssen, verbleibt dem vermeintlich Überweisenden deshalb sein verschuldensunabhängiger verwahrungsrechtlicher Rückgabeanspruch. Die Bank ihrerseits muss sich zur Schadloshaltung gegenüber dem Kontoinhaber auf allgemeine verschuldensabhängige vertragliche Schadensersatzansprüche (*responsabilidad contractual*) aus Art.1101 CC stützen.

Für inhaltlich verfälschte Überweisungsaufträge kann nichts anderes gelten.⁷⁷⁸

Der Kontoinhaber könnte den verwahrungsvertraglichen Anspruch nur verlieren, wenn die auf Grundlage der verfälschten Überweisungsanweisung durchgeführte Überweisung (teilweise) Erfüllungswirkung nach Maßgabe des Art.1156 CC hätte. Art.306 I CCom erfordert jedoch ausdrücklich ein Rückzahlungsverlangen des Kontoinhabers. Dieses wiederum setzt eine entsprechende Willensäußerung voraus. Fertigt der Kontoinhaber eine Überweisungsanweisung an und wird diese durch einen unberechtigten Dritten inhaltlich verändert, verliert die Erklärung ihren Wesensgehalt und die Eigenschaft als eine dem vermeintlich Überweisenden zurechenbare Willenserklärung. Der verfälschte Überweisungsauftrag kann folglich nicht als Überweisungsverlangen des Kontoinhabers verstanden werden, sodass auch keine (teilweise) Erfüllung der Rückzahlungsverbindlichkeit eintritt. Dem Kontoinhaber verbleibt daher weiterhin der ungekürzte Rückzahlungsanspruch aus Art.306 I CCom.

c. Analoge Anwendung des Art.156 des Wechsel- und Scheckgesetzes

1.) Grundkonzeption des Art.156 LCC

Im Gegensatz zur drittmisbräuchlichen Überweisung sieht die Rechtsordnung für den Scheckmissbrauch im achten Kapitel des Wechsel- und Scheckgesetzes (*Ley 19/1985, de 16 de julio, Cambiaria y del Cheque*, kurz: LCC) mit Art.156 eine spezialgesetzliche Vorschrift vor, deren Regelungsgehalt der Oberste Gerichtshof (*Tribunal Supremo*) durch analoge Anwendung auf das Überweisungsrecht überträgt.⁷⁷⁹

⁷⁷⁵ Alvaro Herrera, La transferencia bancaria, S.303.

⁷⁷⁶ Dies gilt insbesondere dann, wenn der Missbrauchstäter das Geld bereits vor Kenntnisnahme des Überweisenden abhebt, Alvaro Herrera, La transferencia bancaria, S.303.

⁷⁷⁷ Alonso Espinosa, La Ley 1992, Band 1, 226, 229.

⁷⁷⁸ A.A. allerdings ohne nähere Begründung wohl Alvarado Herrera, La transferencia bancaria, S.305.

⁷⁷⁹ Urteil des Obersten Gerichtshofs v. 15. Juli 1988, R.Ar. 1988, Rn.5717.

Gemäß dieser Vorschrift hat nicht der augenscheinliche Aussteller des Schecks, sondern der Scheckbezogene (*librado*) den Schaden zu tragen, der sich direkt⁷⁸⁰ aus der Einlösung falscher oder gefälschter Schecks ergibt, sofern nicht dem augenscheinlichen Aussteller (*librador*) Nachlässigkeit in Bezug auf die Aufbewahrung des Scheckhefts vorwerfbar ist oder er anderweitig schuldhaft gehandelt hat.⁷⁸¹ Die Regelung des Art.156 LCC legt der scheckbezogenen Bank eine Gefährdungshaftung (*responsabilidad por riesgo*) auf.⁷⁸² In erweiterter Wortlautauslegung der Vorschrift entfällt die Haftung der Bank entsprechend der Grundkonzeption der Gefährdungshaftung nicht schon bei einfachem Verschulden des Überweisenden, sondern nur, wenn der Schaden entweder auf höhere Gewalt (*fuerza mayor*) oder auf ausschließliches Verschulden des Geschädigten zurückzuführen ist.⁷⁸³ Bei beiderseitigem Verschulden von Bank und Kunde trägt deshalb allein die Bank den Verlust des durch den Drittmisbrauch verloren gegangenen Zahlungsbetrags.⁷⁸⁴ Unbeschadet vertraglicher Schadensersatzansprüche von Bank und Kunde für weitergehende Schäden regelt diese Vorschrift ausschließlich die Zuordnung des Verlustrisikos für den im Scheck ausgewiesenen Geldbetrag.⁷⁸⁵

2.) Beschränkung der analogen Anwendung auf gefälschte Überweisungsaufträge?

Nach verbreiteter Auffassung erstreckt sich die analoge Anwendung des Art.156 LCC auf gefälschte Überweisungsaufträge, während sie für verfälschte Überweisungsaufträge ausgeschlossen ist.⁷⁸⁶ Grund für die Differenzierung zwischen ge- und verfälschten Überweisungen sind die unterschiedlichen Sicherheitskonzeptionen von Überweisung und Scheck. Durch die speziellen Sicherheitsmerkmale der Scheckformulare sei der Scheck in besonderem Maße vor nachträglicher Verfälschung geschützt. Erst diese Sicherheitsstruktur ermögliche den reibungslosen Umlauf von Schecks, sodass der Scheckaussteller sich auf die Unverfälschtheit des Schecks verlassen dürfen müsse. Die Bank habe deshalb die Unverfälschbarkeit von Schecks zu gewährleisten. Die Sicherheitskonzeption der Überweisung beruhe ihrerseits lediglich auf der Autorisierung durch Unterschrift oder einem Code. Da Überweisungsdaten nicht in besonderem Maße vor Verfälschung geschützt seien, dürfe sich der vermeintlich Überweisende nicht im selben Maße auf die Unverfälschtheit des Überweisungsauftrags verlassen. Vielmehr sei er selbst gehalten, bis zu seinem Eingang bei der überweisenden Bank die Unverfälschtheit der Überweisungsdaten selbst zu gewährleisten. Die Rechtsposition des Überweisenden gegenüber der Bank sei deshalb schwächer als diejenige des Scheckausstellers.⁷⁸⁷

⁷⁸⁰ Das spanische Recht unterscheidet zwischen *daños* und *perjuicios*, wobei erstere Schäden bezeichnen, welche direkte Folge aus eines Geschehens sind, während zweitere gewissermaßen Folgeschäden darstellen. Die Vorschrift des Art.156 des Gesetzes 19/1985 vom 16. Juli über Wechsel und Schecks bezieht sich jedoch nur auf *daños*, sodass Folgeschäden von der Regelung nicht erfasst werden.

⁷⁸¹ Vgl. Wortlaut des Art.156 LCC: „El daño que resulte del pago de un cheque falso o falsificado será imputado al librado, a no ser que el librador haya sido negligente en la custodia del talonario de cheques, o hubiere procedido con culpa.”

⁷⁸² *Battle Sales*, Pago del cheque falso, S.18; *Alonso Espinosa*, La Ley 1992, Band 1, 226, 230.

⁷⁸³ *Alonso Espinosa*, La Ley 1992, Band 1, 226, 232; generell zur Gefährdungshaftung *Morales & Sancho*, Manual práctico de responsabilidad civil, S.60.

⁷⁸⁴ Vgl. Urteilgrund Nr.3 des SAP de Valencia vom 12 April 1989, abgedr. in *Comentarios a Jurisprudencia de Derecho Bancario y Bursátil*, Band 2, S.409 f.; siehe insbesondere auch Urteilsanmerkung von *Sánchez-Calero Guilarte*, Pago de cheque falso, S.409, 417, 421; auch *Marina García-Tuñón*, La responsabilidad por el pago de cheque falso o falsificado, S.135; *Velasco San Pedro*, RDBB 1992, Nr.45, S.243, 262 f.; a.A. *Vazquez Bonome*, Tratado de Derecho Cambiario, S.526.

⁷⁸⁵ Das ergibt sich aus dem Wortlaut der Bestimmung, nach dem lediglich die Risikozuordnung von *daños* („Primärschäden“), nicht hingegen von *perjuicios* („Sekundärschäden“) bestimmt.

⁷⁸⁶ *Alonso Espinosa*, La Ley 1992, Band 1, 226, 232.

⁷⁸⁷ *Alonso Espinosa*, La Ley 1992, Band 1, 226, 232.

3.) Stellungnahme

Nachvollziehbar könnte diese Argumentation allenfalls für das beleggebundene Überweisungsverfahren sein.⁷⁸⁸ Denn nur dort unterliegt ein vollständig ausgefüllter Überweisungsauftrag tatsächlich über einen gewissen Zeitraum der Kontrolle des Überweisenden. In moderneren Überweisungsverfahren (z.B. am Bankterminal oder beim Telefon- und *Electronic-Banking*) werden die Daten hingegen direkt an die Bank übermittelt, ohne dass der Überweisende über einen längeren Zeitraum Einfluss auf die Unverfälschtheit der Überweisungsdaten hat. Die Unveränderbarkeit der Daten liegt in der Regel weniger in der Hand des Überweisenden als in der Einflussphäre der Bank, die auf Quantität und Erfolg von Missbrauchsangriffen durch Veränderung des Sicherheitskonzepts direkt Einfluss nehmen kann. Genau wie beim Wechsel sollte sich der Überweisende hinsichtlich dieser modernen Überweisungsverfahren darauf verlassen dürfen, dass die Überweisungsdaten nach Bekanntgabe gegenüber der Bank unverfälscht bleiben. Die vorgebrachten Argumente zur Beschränkung der analogen Anwendung des Art.156 LCC auf gefälschte Überweisungen können zumindest für mittels moderner Medien angewiesene Überweisungen nicht überzeugen.

Aber auch darüber hinaus erscheint die Differenzierung zwischen verfälschten und gefälschten Überweisungsaufträgen auf Grundlage der oben dargestellten Argumentationsstruktur als Entscheidungskriterium für eine analoge Anwendung des Art.156 LCC ungeeignet. Die Unanwendbarkeit der Vorschrift auf verfälschte Überweisungsaufträge würde nach obiger Begründung zu dem abwegigen Ergebnis führen, dass nur solche Zahlungsmittel von der analogen Anwendung des Art.156 LCC erfasst werden, die mit missbrauchsunzugänglichen Sicherheitskonzepten ausgestattet sind. Eine Anwendung des Gefährdungshaftungstatbestands des Art.156 LCC auf missbrauchsgefährdete Zahlungsmittel wäre hingegen ausgeschlossen. Dies wäre jedoch unvereinbar mit dem Grundgedanken der Gefährdungshaftung: Gerade solche Gefahrenquellen, von denen eine erhöhte Gefahr ausgeht, sollen schließlich durch eine Gefährdungshaftung haftungsrechtlich sanktioniert werden.⁷⁸⁹

Darüber hinaus liegt sowohl bei einem verfälschten als auch bei einem gefälschten Überweisungsauftrag die für eine Analogie entscheidende vergleichbare Sachlage vor: Die Bank als Unternehmen stellt zur Gewinnerwirtschaftung ein Zahlungssystem bereit, das dem Drittmissbrauch zugänglich ist.⁷⁹⁰ Dadurch treten wirtschaftliche Verluste durch vermeintlich vom berechtigten Systemnutzer vorgenommene Verfügungen auf. Der Grund für die Risikozuordnung zulasten der Bank liegt darin, dass unverschuldete oder beiderseitig verschuldete Schäden grundsätzlich derjenige tragen soll, der verantwortlich für die bestehende Gefahr ist und darüber hinaus die finanziellen Früchte aus dem Bestand der Gefahrenquelle zieht.⁷⁹¹ Zudem liegt es allein bei der Bank, das systemimmanente Fälschungsrisiko durch verbesserte Systemsicherheit auszuräumen.⁷⁹²

Nicht anders als beim Wechsel- wird die Bank auch im Überweisungsverkehr als Wirtschaftsunternehmen tätig, um Gewinne zu erzielen. Gerade deshalb weist Art.156 LCC das Missbrauchsrisiko als unternehmerisches Risiko der Bank zu.⁷⁹³ Nicht dem Kunden, sondern der Bank sollen die nega-

⁷⁸⁸ So im Ergebnis auch *Alvarado Herrera*, La transferencia bancaria, S.305.

⁷⁸⁹ *De Angel Yágüez*, Tratado de responsabilidad civil, S.55.

⁷⁹⁰ *García-Pita y Lastres*, Operaciones bancarias neutras, S.500; m.w.N. *Vázquez Pena*, La transferencia bancaria de crédito, S.251.

⁷⁹¹ *García-Pita y Lastres*, Operaciones bancarias neutras, S.500; *Vázquez Pena*, La transferencia bancaria de crédito, S.251; *Sequeira Martín*, Contratos Bancarios, S.519.

⁷⁹² *Vázquez Pena*, La transferencia bancaria de crédito, S.254.

⁷⁹³ Vgl. SAP de Barcelona de 18 de Mayo de 1995, abgedr. in *RJCat (Jurisprudencia)*, Nr.4, 1995, 108, 110, Rn.53; m.w.N. *Vázquez Pena*, La transferencia bancaria de crédito, S.252; *Battles*, Pago del cheque falso, S.18; *Marina García-Tuñón*, La responsabilidad por el pago de cheque falso o falsificado, S.146, 149; *Garrigues*, Contratos Bancarios, S.520.

tiven wirtschaftlichen Folgen aus der Verwirklichung eines unternehmerischen Risikos zugewiesen werden, das die Bank zwecks Gewinnerwirtschaftung selbst verursacht hat.⁷⁹⁴ Die für die analoge Anwendung des Art.156 LCC entscheidenden Parameter liegen insofern bei gefälschten und verfälschten Überweisungsaufträgen gleichermaßen vor.

Nicht zuletzt versteht sich Art.156 LCC ferner als Verbraucherschutzbestimmung⁷⁹⁵ mit dem Ziel, den Verbraucher in Hinblick auf die überlegene Stellung des Kreditinstituts zu schützen. Bewusst ordnet der Gesetzgeber insofern das Missbrauchsrisiko grundsätzlich dem finanzkräftigeren Kreditinstitut zu. Die Schutzbedürftigkeit des Verbrauchers ist im Überweisungsverkehr nicht geringer als im Scheckverkehr und bei verfälschten nicht geringer als bei gefälschten Überweisungen.

d. Zusammenfassung der Zuordnung des Drittmisbrauchsrisikos im Überweisungsverkehr

Der wirtschaftliche Verlust aus einer missbräuchlichen Überweisungstransaktion kann sich aus zwei unterschiedlichen Schadenspositionen zusammensetzen: zum einen dem Verlust des der Zahlungstransaktion zugrunde liegenden Überweisungsbetrags (Primärschaden); zum anderen können den Parteien, insbesondere dem vermeintlich Überweisenden, weitere Schäden durch den zeitweiligen Liquiditätsverlust entstehen (Sekundärschäden).

Eine zentrale Rolle spielt der verwahrungsrechtliche Erfüllungsanspruch des Kontoinhabers auf Rückzahlung des Geldes aus dem Verwahrungsvertrag. Wegen seiner Verhaltens- und Verschuldensunabhängigkeit ist er für den Kontoinhaber grundsätzlich ohne weiteres durchsetzbar. Allerdings kann er dem Kontoinhaber lediglich zur Schadloshaltung hinsichtlich des Primärschadens verhelfen. Die vertraglichen Schadensersatzansprüche aus Giro- und Verwahrungsvertrag erfassen sowohl Primär- als auch Sekundärschäden und geben dem Anspruchsteller dadurch den quantitativ umfangreichsten Schutz. Sie setzen aber die Verletzung einer vertraglichen Pflicht und Verschulden des Anspruchsgegners voraus und sind deshalb prozessual schwieriger durchzusetzen. Bei beiderseitigem Verschulden (*concurrentia de culpas*) sind geltend gemachte Ansprüche nach den Grundsätzen des Mitverschuldens zu vermindern.⁷⁹⁶

Die analoge Anwendung des Art.156 LCC nimmt gegenüber den bisher genannten Ansprüchen eine Sonderstellung ein, denn als spezialgesetzliche Zuordnung des Drittmisbrauchsrisikos zulasten der Bank genießt sie gegenüber den übrigen dogmatischen Lösungen Vorrang.⁷⁹⁷ Allerdings schützt Art.156 LCC den Überweisenden nicht vollumfänglich vor wirtschaftlichen Verlusten, sondern erfasst lediglich den Überweisungsbetrag selbst. Die Geltendmachung von Sekundärschäden müssen die Beteiligten auf vertragliche Schadensersatzansprüche stützen. Handelt ausschließlich der vermeintlich Überweisende selbst schuldhaft, ist bereits der Tatbestand des Art.156 LCC nicht erfüllt und die Missbrauchsrisikozuordnung richtet sich nach den gegenseitigen vertraglichen Ansprüchen. Hinsichtlich des Primärschadens bietet Art.156 LCC dem vermeintlich Überweisenden stärkeren Schutz als die verwahrungsvertragliche Rechtsbeziehung. Zwar kann der Kontoinhaber bei drittmisbräuchlicher Überweisung auf verwahrungsvertraglicher Grundlage zunächst Rückzahlung des Überweisungsbetrags verlangen. Anders als bei Art.156 LCC ist die Bank auch bei eigenem Ver-

⁷⁹⁴ Garrigues, Contratos Bancarios, S.520.

⁷⁹⁵ Marina García-Tuñón, La responsabilidad por el pago de cheque falso o falsificado, S.146.

⁷⁹⁶ Alvarado Herrera, La transferencia bancaria, S.303; ausf. und m.w.N. zu den Grundsätzen des Mitverschuldens in der Rechtsprechung Santos Briz/Gil de la Cuesta, Tratado de Derecho Civil, Band 3, S.435 ff.

⁷⁹⁷ Der Código Civil enthält in Art.4 Nr.3 seiner Präambel sogar eine ausdrückliche Bestimmung über seine nachrangige Anwendung gegenüber spezialgesetzlichen Vorschriften; vgl. zum *lex-spezialis*-Grundsatz auch Santos Briz/Gil de la Cuesta, Tratado de Derecho Civil, Band 1, S.290 f.).

schulden allerdings nicht gehindert, dem vermeintlich Überweisenden Schadensersatzansprüche entgegenzuhalten.

II. Zahlungskarten

1. Einführung

Zahlungskarten gelten als „unselbständige Legitimationsdokumente“, ⁷⁹⁸ durch deren Einsatz der Karteninhaber Güter und Dienstleistungen beziehen kann, ohne dabei zwingend eine sofortige Gutschriftsbuchung auf dem Empfängerkonto zu veranlassen. ⁷⁹⁹ Unterscheidungsmerkmal zwischen den verschiedenen Kartenarten ist der Zeitpunkt der Belastung des Zahlerkontos bei bzw. nach ihrer Verwendung. ⁸⁰⁰ Während das Konto bei der Debitkartenzahlung (*tarjeta de débito*) während oder unmittelbar nach dem Zahlungsvorgang in Höhe des umgesetzten Betrags belastet wird, erfolgt die Belastung nach Verwendung der Kreditkarte (*tarjeta de crédito*) nicht in unmittelbarer zeitlicher Nähe zum Zahlungsvorgang, sondern in vertraglich festgelegten periodischen Zeitabständen. Die Kontobelastung erfasst dann nicht nur eine Zahlungsposition, sondern alle während der Abrechnungsperiode mit der Kreditkarte umgesetzten Beträge. ⁸⁰¹ Der praktische Ablauf der Kartenzahlung entspricht im Wesentlichen demjenigen im deutschen Recht: Während sich der Kreditkarteninhaber mit einer Unterschrift auf dem Kassenbeleg unter Vorlage des Ausweises legitimiert, hat im Rahmen der Debitkartenzahlung üblicherweise die Eingabe der karteneigenen PIN zu erfolgen. ⁸⁰²

2. Rechtliche Grundlagen von Kreditkartengeschäft und Debitkartenzahlung

Die rechtliche Grundstruktur von Debitkartenzahlung und Kreditkartengeschäft ist identisch und zeichnet sich durch ihre Dreigliedrigkeit aus. ⁸⁰³ Die einzelnen Rechtsverhältnisse zwischen den Beteiligten bestimmen sich vornehmlich nach den zugrunde liegenden Verträgen, also dem Emissionsvertrag ⁸⁰⁴ im Deckungsverhältnis, dem Teilnahmevertrag zwischen teilnehmendem Vertragsunternehmen und Kartenemittent im Vollzugsverhältnis sowie in der Regel einem schuldvertraglichen Verhältnis im Valutaverhältnis zwischen Karteninhaber und Vertragsunternehmen. Trotz ihrer gemeinsamen Grundstruktur unterscheiden sich die Debitkartenzahlung und das Kreditkartengeschäft in ihrer Rechtsnatur voneinander:

⁷⁹⁸ Dies folgt daraus, dass der Zahlungsempfänger bei Verwendung der Zahlungskarte durch den Karteninhaber zur Legitimation neben der Zahlungskarte selbst den Ausweis des Karteninhabers verlangen kann, vgl. *Zunzunegui*, *Derecho mercado financiero*, S. 733.

⁷⁹⁹ *Zunzunegui*, *Derecho del mercado financiero*, S. 732.

⁸⁰⁰ Vgl. *De la Cuesta Rute/Valpuesta Castaminza*, *Contratos Mercantiles*, S.245.

⁸⁰¹ *De la Cuesta Rute/Valpuesta Gastaminza*, *Contratos Mercantiles*, S.245; die Kreditkarte ist abzugrenzen von der Kundenkreditkarte (*tarjeta de compras*). Diese ermöglicht dem Karteninhaber im Gegensatz zur (Universal-)Kreditkarte nicht die Bezahlung bei einer Vielzahl unterschiedlicher Verkaufsstellen und Dienstleister, sondern kann in der Regel lediglich beim Kartenemittenten selbst verwendet werden (vgl. ausführlich zur Abgrenzung *Gete-Alonso y Calera*, *Las tarjetas de crédito*, S.19).

⁸⁰² *Castilla Cubillas*, *La tarjeta de crédito*, S.168.

⁸⁰³ *Zunzunegui*, *Derecho del Mercado Financiero*, S.730.

⁸⁰⁴ Der Emissionsvertrag ist in aller Regel ein Mustervertrag ohne gesetzliches Leitbild, mit entgeltlichem, höchstpersönlichem und synallagmatischem Charakter und mit dauerschuldvertraglichen Elementen (*Sánchez Gómez*, *El sistema de tarjeta de crédito*, S.55); Schriftformerfordernis ergibt sich regelmäßig aus Art.5 I LCGC, im Anwendungsbeereich des Verbraucher kreditgesetzes (*Ley del Crédito al Consumo*, kurz: LCCon) außerdem aus Art.6 I LCCon; nichts anderes ergibt sich Art.10 b) LGDCU, demzufolge dem Verbraucher grundsätzlich eine Kopie des Vertrages auszuhandigen ist.

a. Das Kreditkartengeschäft

Die Rechtsnatur des Kreditkartengeschäfts wird in der Literatur unterschiedlich beurteilt. Ein Teil der Lehre versucht, sie anhand der gesetzlichen Vorschriften über die Zahlung (*pago*)⁸⁰⁵ zu erklären.⁸⁰⁶ Diese Lösung begegnet allerdings gewichtigen Bedenken: Gemäß Art.1162 CC kann eine Zahlung entweder gegenüber demjenigen vorgenommen werden, zu dessen Gunsten die der Zahlung zugrunde liegende Verpflichtung besteht, oder gegenüber einer anderen, zur Annahme autorisierten Person. Die Zahlungsverbindlichkeit des Kartenemittenten aus dem Kartenemissionsvertrag besteht gegenüber dem Karteninhaber. Der Kartenemittent zahlt jedoch an das Vertragsunternehmen, das insofern zur Annahme der Zahlung im Namen des Karteninhabers autorisiert sein müsste. Die Autorisierung kann auf einem Auftragsvertrag oder einer gesetzlichen bzw. rechtsgeschäftlichen Stellvertretung beruhen oder einfacher Natur sein.⁸⁰⁷ Das Vertragsunternehmen ist jedoch weder gesetzlicher noch rechtsgeschäftlicher Vertreter des Karteninhabers, sondern handelt in eigenem Namen und Interesse. Auch besteht zwischen Vertragsunternehmen und Karteninhaber kein Auftragsvertrag. Ferner ist die Rechtswirkung der Kreditkartenzahlung nicht mit derjenigen einer einfachen Autorisierung zur Annahme eines Geldbetrags vergleichbar: Das Vertragsunternehmen hat nicht nur die schlichte Befugnis zur Annahme der Zahlung für den Karteninhaber, sondern kann die Bezahlung nach Verwendung der Kreditkarte gegenüber dem Kartenemittenten unabhängig vom Einverständnis des Karteninhabers einfordern. Die Anwendung des Art.1162 CC auf das Kreditkartengeschäft ist deshalb ungeeignet.⁸⁰⁸

Nach anderer Ansicht wird das Kreditkartengeschäft als Forderungsabtretung verstanden, bei der das Vertragsunternehmen seine Zahlungsforderung gegen den Karteninhaber an den Kartenemittenten abtritt. Im Gegenzug erhält es vom Kartenemittenten gemäß den Bestimmungen des Akquisitionsvertrags die der Forderung entsprechende Zahlung.⁸⁰⁹ Vorzuwerfen ist dieser Lösung vor allem die Unverträglichkeit mit der Bargeldersatzfunktion der Kreditkarte und ihrer Grundfunktion als Zahlungsmittel. Wie bei der Barzahlung ist auch die Verwendung der Kreditkarte üblicherweise auf das Erlöschen einer Verbindlichkeit gerichtet. Der berechtigte Karteninhaber möchte sich durch den Karteneinsatz von der Schuld umfänglich befreien. Bei der Forderungsabtretung findet zwar ein Wechsel des Gläubigers statt, die Schuld bleibt jedoch bestehen.⁸¹⁰

Nach wiederum anderer Meinung ist das Kreditkartengeschäft als konstitutive Schuldübernahme⁸¹¹ zu qualifizieren.⁸¹² Nach dieser Lösung weist der Karteninhaber durch Verwendung der Kreditkarten den Kartenemittenten zur Übernahme seiner Schuld gegenüber dem Vertragsunternehmen an. Sobald der Kartenemittent in die Schuldnerposition des Karteninhabers eintritt, erlischt die Schuld des Karteninhabers gemäß Art.1156 CC.⁸¹³

⁸⁰⁵ Der Abschnitt über die Zahlung umfasst die Art.1.157 bis 1.172 des CC und befindet sich in dessen 4. Kapitel über das Erlöschen von Schuldverhältnissen (Art.1.156 bis 1.213 CC).

⁸⁰⁶ Vgl. *Sánchez Gómez*, El sistema de tarjeta de crédito, S.179.

⁸⁰⁷ *Gete-Alonso y Calera*, Las tarjetas de crédito, S.54.

⁸⁰⁸ Vgl. ausf. *Gete-Alonso y Calera*, Las tarjetas de crédito, S.54 ff.

⁸⁰⁹ Vgl. *Gete-Alonso y Calera*, Las tarjetas de crédito, S.55.

⁸¹⁰ Vgl. *Gete-Alonso y Calera*, Las tarjetas de crédito, S.55.

⁸¹¹ *Gete-Alonso y Calera*, Las tarjetas de crédito, S.56; zu den verschiedenen Arten von Schuldübernahmen *Díez-Picazo*, Fundamentos de Derecho civil patrimonial, Band II, S.869 f.; *Tenas Segarra*, Extinción de las obligaciones, S.179, 288.

⁸¹² *Batuecas Caletrio*, Pago con tarjeta de crédito, S.129; *Gete-Alonso y Calera*, Las tarjetas de crédito, S.56 f.

⁸¹³ Um dem Zustimmungserfordernis des Gläubigers (dem Vertragsunternehmen) gerecht zu werden, sind verschiedene Lösungen denkbar: Zunächst könnte die Zustimmung des Vertragsunternehmens zum Akquisitionsvertrag mit dem Kartenemittenten als antizipierte Zustimmung zu allen nachfolgenden Schuldübernahmen des Kartenemittenten bei vertragsgemäßem Einsatz der Kreditkarte zu verstehen sein. Ferner kann eine konkludente Zustimmung des Ver-

Eine neuere Auffassung lehnt alle traditionellen Lösungsmodelle ab und verneint sowohl die Möglichkeit als auch die Erforderlichkeit, das Kreditkartengeschäft einer bestimmten gesetzlichen Rechtsnatur unterzuordnen. Aufgrund seiner Komplexität und Eigenheiten sei das Kreditkartengeschäft mit keiner der gesetzlich vorgegebenen Konstruktionen vereinbar.⁸¹⁴

b. Die Debitkartenzahlung

Die Debitkartenzahlung wird gemeinhin verstanden als Spezialfall der „elektronischen Überweisung“ (*transferencia electrónica de fondos*).⁸¹⁵ Durch Verwendung der Debitkarte am POS-Terminal verschafft sich der Inhaber auf elektronische Weise Zugriff auf sein Konto, um die kontoführende Bank zur Zahlung an das Vertragsunternehmen zu veranlassen, also zur Belastung des eigenen Kontos und zur Gutschrift des Zahlungsbetrags auf dem Empfängerkonto. Die Durchführung der Zahlungsoperation schuldet die Bank dem Karteninhaber als typische Bankdienstleistung (*servicio de caja*)⁸¹⁶ aus dem Zusammenspiel von Giro- und Kartenemissionsvertrag: Während der Girovertrag die Bank generell zur Durchführung von Überweisungen auf Anweisung des Karteninhabers verpflichtet, erlaubt der Kartenvertrag dem Karteninhaber die Abgabe der Weisung mittels Debitkarte. Die Führung eines Girokontos ist daher unentbehrliche Voraussetzung für die Verwendung einer Debitkarte.⁸¹⁷ Verwendet der Karteninhaber die Debitkarte zur Zahlung und weist dadurch seine Bank zur Durchführung der entsprechenden Zahlungstransaktion an, entsteht zwischen Kartenemittent und Karteninhaber ein Kommissionsvertrag.⁸¹⁸

3. Haftungsrisikoverteilung bei Drittmissbrauch

a. Einführung

Weder für die Debitkartenzahlung noch für das Kreditkartengeschäft hält die spanische Rechtsordnung umfängliche spezialgesetzliche Regelungen bereit.⁸¹⁹ Deshalb ist vorrangig Rückgriff zu nehmen auf die haftungsrelevanten Bestimmungen des Emissionsvertrags unter Berücksichtigung des allgemeinen Schuld- und Vertragsrechts (*Derecho de Obligaciones y Contratos*).⁸²⁰

Entgegen der Rechtsrealität gehen diese gesetzlichen Bestimmungen von der Ebenbürtigkeit der Vertragsparteien aus und wahren Neutralität zwischen ihnen. In der Praxis kontrahiert die Bank jedoch häufig mit Verbrauchern unter Verwendung standardisierter Vertragsmuster, die dem Kunden keinen Verhandlungsspielraum lassen und dadurch zu einem starken Ungleichgewicht zwischen den Vertragsparteien führen. Ergänzt werden die allgemeinen schuld- und vertragsrechtlichen Regelungen deshalb durch eine Reihe spezialgesetzlicher Vorschriften mit Verbraucherschutzcharakter.⁸²¹

tragsunternehmens immer angenommen werden, wenn der Vertragsunternehmer die Verwendung der Kreditkarte gegenüber dem Karteninhaber zulässt.

⁸¹⁴ *Sánchez Gómez*, El sistema de tarjeta de crédito, S.191 ff., insbes. S.193.

⁸¹⁵ *Gomez Mendoza*, Tarjetas Bancarias, S.687, 718; *Gete-Alonso y Calera*, Las Tarjetas de Crédito, S.113.

⁸¹⁶ *Zunzunegui*, Derecho del Mercado Financiero, S.734; *De la Cuesta Rute/Valpuesta Gastaminza*, Contratos Mercantiles, S.244.

⁸¹⁷ *Gete-Alonso y Calera*, Las Tarjetas de Crédito, S.68.

⁸¹⁸ *De la Cuesta Rute/Valpuesta Gastaminza*, Contratos Mercantiles, S.245; siehe zur Anwendung der kommissionsrechtlichen Vorschriften auf die Überweisung ausführlich oben in Kap.2 C. I. 2. a. 3.) a.).

⁸¹⁹ *Zunzunegui*, Derecho del Mercado Financiero, S.731; *Jiménez Sánchez*, Derecho Mercantil, S.198. Im Jahr 1999 wurde nach Beschwerden des Verbands kleiner und mittlerer Unternehmen wegen hoher Gebühren für die Nutzung von Kreditkarten von der „Grupo Socialista del Congreso“ im Parlament ein Gesetzesvorschlag über kartengestützte Zahlungstransaktionen eingereicht, der allerdings keine entsprechenden Mehrheiten finden konnte (vgl. *Sánchez Gómez*, El sistema de tarjeta de crédito, S.21 Fn.1).

⁸²⁰ *Castilla Cubillas*, La tarjeta de crédito, S.51 ff., 181; *Gete-Alonso y Calera*, Las Tarjetas de Crédito, S.13.

⁸²¹ *Castilla Cubillas*, La tarjeta de crédito, S.51.

Aufgrund der vergleichbaren Grundstruktur von Debitkartenzahlung und Kreditkartengeschäft lässt sich die Haftungsrisikoverteilung zwischen Karteninhaber und Kartenemittent zunächst gemeinsam betrachten. Die entscheidenden Bestimmungen aus den Emissionsverträgen sind für beide Zahlungskartenarten üblicherweise nahezu identisch.⁸²² Dogmatische Unterschiede schließen sich jedoch in Hinblick auf die Einordnung der Debitkartenzahlung als „elektronische Überweisung“⁸²³ an.

b. Der Kartenemissionsvertrag

1.) Haftungsgrundsatz und vertragliche Schadensersatzansprüche

Wegen der Missbrauchsanfälligkeit der Kartenzahlungssysteme enthält der Emissionsvertrag üblicherweise detaillierte Bestimmungen über die Haftungsrisikoverteilung bei Drittmissbrauch. Typischerweise sieht er vor, dass der Emittent nur dann einen Zahlungsanspruch gegenüber dem Karteninhaber erwirbt, wenn dieser oder eine von ihm autorisierte Person die Zahlungskarte tatsächlich verwendet. Erfolgt die Kartennutzung missbräuchlich durch einen unberechtigten Dritten, ergibt sich hieraus kein Recht des Kartenemittenten zur Belastung des Zahlerkontos. Grundsätzlich trägt insofern der Kartenemittent das Risiko drittmisbräuchlicher Kartenverwendungen.

Darüber hinaus sieht der Emissionsvertrag in aller Regel eine Reihe vertraglicher Sorgfaltspflichten des Karteninhabers zur Vermeidung von Drittmissbrauch vor.⁸²⁴ Verstößt der Karteninhaber gegen eine dieser Pflichten und ermöglicht hierdurch eine drittmisbräuchliche Verwendung der Zahlungskarte, macht er sich gegenüber der Bank schadensersatzpflichtig nach Art.1101 CC.⁸²⁵ Ebenso kann sich der Kartenemittent gegenüber dem Karteninhaber wegen Verletzung einer emissionsvertraglichen Pflicht schadensersatzpflichtig machen. Bei beiderseitiger Pflichtverletzung haben die Vertragsparteien nach den Grundsätzen des Mitverschuldens den Missbrauchsschaden anteilig gemeinsam zu tragen.⁸²⁶

In den Standardverträgen der Banken hat sich in der Praxis ein gefestigter Kanon beiderseitiger vertraglicher Pflichten etabliert,⁸²⁷ deren Auslegung zum Gegenstand zahlreicher Urteile der spanischen Rechtsprechung wurde:

a.) Pflichten des Karteninhabers

Erhält der Karteninhaber vom Kartenemittenten eine neue Karte, trifft ihn zunächst die Pflicht, die Zahlungskarte möglichst zeitnah zur Inbesitznahme auf dem hierfür vorgesehenen Unterschriftsfeld mit der eigenen Unterschrift zu versehen.⁸²⁸ Nur so kann das unterschriftsbasierte Sicherheitskonzept der Kreditkartenzahlung tatsächlich Wirkung entfalten. Wegen der Gefahr des Drittmissbrauchs nach Verlust, Diebstahl oder Fälschung der Karte ist der Karteninhaber zu sorgfältiger Aufbewahrung und umsichtigem Umgang mit der Karte verpflichtet.⁸²⁹ Nichts anderes gilt für die

⁸²² *Gete-Alonso y Calera*, Las Tarjetas de Crédito, S.115; *Zunzunegui*, Derecho del Mercado Financiero, S.730; *Castilla Cubillas*, La tarjeta de crédito, S.177.

⁸²³ *Gomez Mendoza*, Tarjetas Bancarias, S.687, 718; *Gete-Alonso y Calera*, Las Tarjetas de Crédito, S.113.

⁸²⁴ *Mariño López*, Uso fraudulento de tarjetas de crédito, S.26.

⁸²⁵ Siehe hierzu ausf. oben unter Kap.2 C. I. 3. b. 1.).

⁸²⁶ *Mariño López*, Uso fraudulento de tarjetas de crédito, S.40; siehe ausf. zu den Grundsätzen des Mitverschuldens oben unter Kap.2 C. I. 3. b. 3.).

⁸²⁷ *Castilla Cubillas*, La tarjeta de crédito, S.103.

⁸²⁸ *Gómez Mendoza*, Tarjetas Bancarias, S.687, 709.

⁸²⁹ *García-Pita y Lastres*, Operaciones bancarias neutras, S.558; *Mariño López*, Uso fraudulento de tarjetas de crédito, S.112.

PIN. Obwohl die Kasuistik in der spanischen Rechtsprechung äußerst umfangreich ist⁸³⁰ und es ihr auffallend an inhaltlicher Einheitlichkeit hinsichtlich der konkreten Anforderungen an die anzuwendende Sorgfalt fehlt,⁸³¹ lassen sich gewisse allgemeingültige Leitlinien erkennen.⁸³²

Grundsätzlich hat sich ihr Inhaber im Umgang mit der Karte „wie ein guter Familienvater“ („*como un buen padre de familia*“) zu verhalten.⁸³³ Er muss also durchschnittliche Sorgfalt anwenden, ohne dass ihm besondere Spezialkenntnisse, Expertenwissen oder sonst außergewöhnliche Fähigkeiten abverlangt werden.⁸³⁴ Ein Sorgfaltspflichtverstoß wird zumindest dann angenommen, wenn der Karteninhaber die PIN dergestalt aufbewahrt oder notiert, dass der Missbrauchstäter ohne weiteres Kenntnis von ihr nehmen kann.⁸³⁵ Wurde der berechtigte Karteninhaber der Zahlungskarte verlustig, erhöhen sich aufgrund der offensichtlich gesteigerten Gefahr des Missbrauchs ab dem Zeitpunkt des Verlusts die Anforderungen an die gebotenen Sicherungsmaßnahmen der geheim zu haltenden PIN.⁸³⁶ Untersagt ist dem Karteninhaber üblicherweise auch die Weitergabe der Karte an Dritte.⁸³⁷

Eine weitere typische Pflicht des Karteninhabers zur Abwehr drittmisbräuchlicher Kartenverwendung ist die unverzügliche Benachrichtigung des Kartenemittenten über eine kartenspezifische Gefahrensituation.⁸³⁸ Von dieser Pflicht werden unterschiedliche Sachlagen erfasst: Wichtigster Anwendungsfall ist die Verlustmeldung bei unfreiwilliger Besitzaufgabe.⁸³⁹ Verliert der Karteninhaber den Besitz an der Zahlungskarte beispielsweise durch Verlust oder Diebstahl, hat er den Kartenemittenten hiervon unverzüglich in Kenntnis zu setzen, sodass dieser die Karte sperren kann, um Missbrauch zu vermeiden.⁸⁴⁰ Ferner betrifft die Regelung Situationen, in denen die Zahlungskarte sich über einen bestimmten Zeitraum ohne ständige Kontrolle des Karteninhabers an einem unsicheren Aufenthaltsort befindet. Auch wenn keine konkreten Anzeichen für irreguläre Vorgänge bestehen, hat der Karteninhaber den Kartenemittenten über die Sachlage zu unterrichten, damit dieser durch entsprechende Vorkehrungen die Gefahr zukünftiger Missbrauchstaten mittels gefälschter bzw. kopierter Zahlungskarten (Dubletten) ausräumen kann.⁸⁴¹

Die Benachrichtigung der Bank kann auf dem Wege jedes gebräuchlichen Kommunikationsmediums wie Telefon, Telefax, Post etc. erfolgen. Entscheidend ist die unverzügliche Anzeige der Gefahrensituation.⁸⁴² Wann eine Benachrichtigung unverzüglich erfolgt, bestimmt sich nach den Umständen des Einzelfalls.⁸⁴³

Eine weitere üblicherweise im Emissionsvertrag ausdrücklich genannte Pflicht des Karteninhabers betrifft die Überprüfung und Kontrolle der Zahlungsvorgänge anhand der Kontoauszüge bzw. der

⁸³⁰ M.w.N. *Mariño López*, *Uso fraudulento de tarjetas de crédito*, S.112 ff.

⁸³¹ Vgl. exemplarisch die diametral gegensätzlichen Urteilssprüche der *Audiencia Provincial de Bilbao* v. 19. Dezember 1986 (La Ley, Nr.1688 v. 13. April 1987) und der *Audiencia Provincial de Castellón* v. 26. Oktober 1998 (AC 1998/2131) hinsichtlich der Aufbewahrung der Zahlungskarte im Kraftfahrzeug: Während im SAP Bilbao angeführt wird, es sei keinesfalls zwingend sorgfaltswidrig die Zahlungskarte kurzweilig im Kfz zu belassen, wird im SAP Castellón die Auffassung vertreten, die Aufbewahrung der Karte in einem Kfz sei *per se* ein Verstoß gegen die gebotene Sorgfalt des Karteninhabers.

⁸³² *Castilla Cubillas*, *La tarjeta de crédito*, S.192.

⁸³³ *Mariño López*, *Uso fraudulento de tarjetas de crédito*, S.113.

⁸³⁴ SAP de Castellón vom 12.2.2000 (AC/2000/753).

⁸³⁵ *Castilla Cubilla*, *La tarjeta de crédito*, S.193.

⁸³⁶ *Mariño López*, *Uso fraudulento de tarjetas de crédito*, S.117.

⁸³⁷ *Sánchez Gómez*, *El sistema de la tarjeta de crédito*, S.129.

⁸³⁸ *Mariño López*, *Uso fraudulento de tarjetas de crédito*, S.121 ff.

⁸³⁹ *García-Pita y Lastres*, *Operaciones bancarias neutras*, S.558.

⁸⁴⁰ *Gómez Mendoza*, *Tarjetas bancarias*, S. 687, 709; *Castilla Cubillas*, *La tarjeta de crédito*, S.195.

⁸⁴¹ *Mariño López*, *Uso fraudulento de tarjetas de crédito*, S.61.

⁸⁴² *Mariño López*, *Uso fraudulento de tarjetas de crédito*, S.122.

⁸⁴³ SAP Baleares v. 25. Juni 1999 (AC 1999/8828); so hat die *Audiencia Balear* in einem anderen Urteil die Verlustmeldung selbst nach Ablauf von 38 Tagen noch als „unverzüglich“ qualifiziert (SAP Baleares v. 26. Februar 1997).

Umsatzaufstellungen, die dem Karteninhaber in periodischen Zeitabschnitten vom Kartenemittenten übermittelt werden.⁸⁴⁴ Sofern sich aus den Aufzeichnungen unautorisierte Zahlungsvorgänge oder sonstige Unregelmäßigkeiten erkennen lassen, hat der berechnigte Inhaber den Kartenemittenten hiervon in Kenntnis zu setzen.⁸⁴⁵

b.) Pflichten des Kartenemittenten

Wie auch bei der Überweisung bestimmt sich der vom Kartenemittenten anzuwendende Sorgfaltsmaßstab gemäß Art.1104 CC nach der Natur des Vertrags, den zeitlichen und örtlichen Umständen sowie den Beteiligten. Betrifft eine Verpflichtung die Ausübung der beruflichen Tätigkeit einer Vertragspartei, hat sie grundsätzlich die Sorgfalt eines gewissenhaften Beschäftigten der entsprechenden Berufsgruppe (*buen profesional*) anzuwenden.⁸⁴⁶ In Ausführung seiner emissionsvertraglichen Pflichten hat der Kartenemittent folglich so sorgfältig zu handeln wie ein sachkundiger und gewissenhafter Bankgeschäftsmann.⁸⁴⁷

Bevor oder während der Kartenemittent dem Karteninhaber die Zahlungskarte übermittelt, hat der Emittent den Inhaber über die spezifischen Gefahren der Inhaberschaft einer Zahlungskarte und den sorgfältigen Umgang mit Karte und PIN aufzuklären.⁸⁴⁸ Nur wenn der Karteninhaber von den Gefahren Kenntnis hat, kann er im Umgang mit PIN und Karte eine Gewissenhaftigkeit und Vorsicht anwenden, die den hohen drohenden finanziellen Verlusten bei Missbrauch entspricht. Auch wenn der Emissionsvertrag explizit keine entsprechende Bestimmung enthält, ergibt sich diese Verpflichtung aus Art.12 I,⁸⁴⁹ i.V.m. 18 II e)⁸⁵⁰ des Verbraucherschutzgesetzes (*Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*, kurz: LGDCU).

Eine fundamentale emissionsvertragliche Pflicht des Kartenemittenten besteht darin, dem Berechnigten die Karte samt ihrer PIN zu überlassen.⁸⁵¹ Obwohl die persönliche Aushändigung beider Medien einen größeren Schutz vor Missbrauch böte, werden sie in der Praxis überwiegend durch externe Dienstleistungsunternehmen zugestellt. Wegen der gesteigerten Gefahr des Missbrauchs bei Verlust ist der Kartenemittent verpflichtet, von einer gemeinsamen Versendung von PIN und Karte abzusehen und sie dem Berechnigten stattdessen getrennt voneinander zu übermitteln.⁸⁵² Die erhöhte Missbrauchsgefahr gebietet es, an die Sicherheit des Übermittlungswegs besonders hohe Anforderungen zu stellen.⁸⁵³ Ob der Kartenemittent den Sorgfaltsanforderungen in Hinblick auf die Übermittlung der Karte und PIN gerecht wird, richtet sich vornehmlich nach dem Sicherheitskonzept der

⁸⁴⁴ *Mariño López*, *Uso fraudulento de la tarjeta de crédito*, S.129; *Sánchez Gómez* versteht diese Verpflichtung hingegen als bloße Obliegenheit, deren Missachtung nicht zu einem Schadensersatzanspruch der Bank führt, sondern lediglich einen Schadensersatzanspruch des berechtigten Karteninhabers präkludiert.

⁸⁴⁵ *Sánchez Gómez*, *El sistema de tarjeta de crédito*, S.147.

⁸⁴⁶ *Mariño López*, *Uso fraudulento de tarjetas de crédito*, S.74.

⁸⁴⁷ *Castilla Cubillas*, *La tarjeta de crédito*, S.192.

⁸⁴⁸ *Sánchez Gómez*, *El sistema de tarjeta de crédito*, S.83, 86.

⁸⁴⁹ „Los empresarios pondrán en conocimiento previo del consumidor y usuario, por medios apropiados, los riesgos susceptibles de provenir de una utilización previsible de los bienes y servicios, habida cuenta de su naturaleza, características, duración y de las personas a las que van destinados, conforme a lo previsto en el artículo 18 y normas reglamentarias que resulten de aplicación”.

⁸⁵⁰ „Sin perjuicio de las exigencias concretas que se establezcan reglamentariamente, todos los bienes y servicios puestos a disposición de los consumidores y usuarios deberán incorporar, acompañar o, en último caso, permitir de forma clara y comprensible, información veraz, eficaz y suficiente sobre sus características esenciales, en particular sobre las siguientes: [...] Instrucciones o indicaciones para su correcto uso o consumo, advertencias y riesgos previsibles”.

⁸⁵¹ *Zunzunegui*, *Derecho del Mercado Financiero*, S.737.

⁸⁵² *Batuecas Caletrio*, *Pago con Tarjeta de Crédito*, S.260.

⁸⁵³ *Gete-Alonso y Calera*, *Las Tarjetas de Crédito*, S.53; *Mariño López*, *Uso fraudulento de tarjetas de crédito*, S.78.

gewählten Zustellungsmethode.⁸⁵⁴ Nach der Übermittlung hat der Kartenemittent den Zugang von Karte und PIN bei dem berechtigten Empfänger durch geeignete Kontrollmaßnahmen zu verifizieren.⁸⁵⁵ Damit der Karteninhaber den Kartenemittenten über eine Gefahrensituation in Kenntnis setzen kann, hat der Emittent einen effizienten Kommunikationskanal bereitzustellen, auf den der Inhaber jederzeit zugreifen kann.⁸⁵⁶ Nach Kenntnisnahme von der Gefahrenlage hat der Kartenemittent eine Sperrung der Zahlungskarte zu veranlassen.⁸⁵⁷

2.) Vertragliche Haftungsbeschränkungen

Hat der Karteninhaber eine vertragliche Sorgfaltspflicht verletzt, haftet er nicht zwingend unbeschränkt für die Pflichtverletzung. In der Regel sieht der Kartenemissionsvertrag drei unterschiedliche Haftungsbeschränkungen vor:

Zunächst ist die Haftung des Karteninhabers üblicherweise zeitlich bis zur Meldung der Gefahrensituation beschränkt. Setzt der Karteninhaber den Kartenemittenten über die Gefahrenlage in Kenntnis, befreit er sich dadurch von der Haftung für alle zeitlich nachfolgenden missbräuchlichen Kartenverwendungen.⁸⁵⁸ Ein Teil der Literatur versteht die Haftungsbegrenzung dergestalt, dass der Karteninhaber vor Mitteilung der Gefahrenlage zwingend und verschuldensunabhängig das Missbrauchsrisiko trägt, sofern der Emissionsvertrag nicht gegenteilige Bestimmungen zur Entlastung des Karteninhabers bereithält.⁸⁵⁹ Der Wortlaut eines einfachen Haftungsausschlusses lässt für diese Interpretation jedoch keinen Raum. Im Einklang mit der allgemeinen gesetzlichen Ausgangslage kann der Haftungsausschluss nicht anders qualifiziert werden als eine umfängliche Haftungsfreistellung von Schäden, die sich erst nach Mitteilung der Gefahrenlage verwirklichen.

Regelmäßig ist die Haftung des Karteninhabers zudem gestaffelt nach Verschuldensgraden: Nur wenn der Schaden durch grobe Fahrlässigkeit (*neglegencia grave*) oder in betrügerischer Absicht (*fraudentamente*) verursacht wurde, haftet der Karteninhaber der Höhe nach unbeschränkt. Bei einfachem Verschulden ist die Haftung des Karteninhabers limitiert auf einen Maximalbetrag von 150 Euro. Selbst wenn diese quantitative Haftungsbeschränkung für einfache Fahrlässigkeit nicht explizit genannt wird, gilt sie in erweiternder Auslegung des Emissionsvertrags als Vertragsbestandteil.⁸⁶⁰ Wird die Karte mehrmals hintereinander missbräuchlich eingesetzt, bezieht sich diese Haftungsbeschränkung nicht auf jede einzelne Zahlungstransaktion, sondern gilt als Gesamthaftungsobergrenze. Unabhängig von der Zahl missbräuchlich durchgeführter Zahlungstransaktionen haftet der Karteninhaber somit maximal in Höhe von 150 Euro.⁸⁶¹

Eine weitere quantitative Haftungsbegrenzung ergibt sich aus dem Verfügbarkeitsrahmen des Emissionsvertrags. Häufig sieht der Emissionsvertrag eine Klausel vor, nach welcher der Karteninhaber innerhalb eines bestimmten Zeitraums (etwa einem Tag, einer Woche oder einem Monat) mit der Zahlungskarte nur bis zu einem Maximalbetrag Umsätze tätigen kann. Ist diese Verfügungsobergrenze erreicht, wird die Karte vom Emittenten automatisch vorübergehend gesperrt und lässt sich an automatisierten Kassen und Geldautomaten bis zum Ende des vertraglich festgelegten Zeitraums

⁸⁵⁴ Die einfache Postzustellung genügt diesen Anforderungen offenbar nicht, vgl. mit zahlreichen Nachweisen aus der Rspr. *Mariño López*, *Uso fraudulento de tarjetas de crédito*, S.79 ff.

⁸⁵⁵ *Mariño López*, *Uso fraudulento de tarjetas de crédito*, S.78.

⁸⁵⁶ *Mariño López*, *Uso fraudulento de tarjetas de crédito*, S.86 f.

⁸⁵⁷ *García-Pita y Lastres*, *Operaciones bancarias neutras*, S.556.

⁸⁵⁸ *Gete-Alonso y Calera*, *Las Tarjetas de Crédito*, S.116; *Mariño López*, *Uso fraudulento de tarjetas de crédito*, S.35 f.

⁸⁵⁹ Vgl. *Mariño López*, *Uso fraudulento de tarjetas de crédito*, S.37.

⁸⁶⁰ SAP Castellón v. 12. Februar 2000 (AC 2000/753); SAP Valladolid v. 7. Februar 2000 (AC 2000/481); SJPI Sevilla v. 28. Juni 2002 (AC 2002/1238); *Mariño López*, *Uso fraudulento de tarjetas de crédito*, S.48 f.

⁸⁶¹ *Mariño López*, *Uso fraudulento de tarjetas de crédito*, S.49 f.

nicht mehr verwenden. Dieser Mechanismus dient vornehmlich der Abwehr einmaliger und betragsmäßig sehr hoher Missbrauchsvorgänge: Durch die Verfügungsobergrenze erhöht sich die Wahrscheinlichkeit der Kenntnisnahme vom Missbrauchsvorgang durch den Berechtigten vor dem Eintritt eines betragsmäßig allzu hohen Schadens.⁸⁶² Übersteigen die missbräuchlichen Zahlungsvorgänge im vertraglich festgelegten Zeitraum der Höhe nach den vereinbarten Dispositionsrahmen, hat der Karteninhaber für den darüber hinaus gehenden Betrag nicht aufzukommen.⁸⁶³ Im Gegensatz zu der vorgenannten quantitativen Haftungsbeschränkung auf 150 Euro bei einfacher Fahrlässigkeit gilt die Haftungsbeschränkung auf den Verfügungsrahmen unabhängig vom Verschuldensgrad des Karteninhabers.

3.) Haftungsregelungen für Fernabsatzgeschäfte

Eine spezialgesetzliche Haftungsvorschrift hält die spanische Rechtsordnung für Kartenzahlung im Fernabsatz bereit. Liegt einer Kontobelastung die missbräuchliche Verwendung der Kartendaten im Fernabsatz zugrunde, kann der betroffene Konto- und Karteninhaber vom kontoführenden Kreditinstitut gemäß Art.46 I des spanischen Einzelhandelsgesetzes (*Ley de Ordenación del Comercio Minorista*, kurz: LOCM) die unverzügliche Rückbuchung verlangen. Macht der Betroffene allerdings von diesem Rückbuchungsverlangen unrechtmäßigerweise Gebrauch, führt dies gegenüber dem kontoführenden Kreditinstitut gemäß Art.46 II LOCM zu einer Schadensersatzhaftung.

4.) Die Zulässigkeit abweichender Vertragsklauseln

Die oben aufgeführten beiderseitigen Rechte und Pflichten, Haftungszuweisungen und Haftungsbeschränkungen bezeichnen typische in der Rechtspraxis verwendete Vertragsbestimmungen von Standardverträgen, deren Zulässigkeit gemeinhin anerkannt ist. Nimmt der Kartenemittent für den Kunden nachteilhaftere Regelungen in den Emissionsvertrag auf, bestimmt sich deren Zulässigkeit nach ihrer Konformität mit gewissen spezialgesetzlichen Bestimmungen. Bedeutung für den Kartenemissionsvertrag entfalten insbesondere das Verbraucherschutzgesetz (*Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*) und das Gesetz über Allgemeine Geschäftsbedingungen in Verträgen (*Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación*, kurz: LCGC).

Wesentlicher Regelungsgehalt des Verbraucherschutzgesetzes ist der Schutz des Verbrauchers vor missbräuchlichen Geschäftsbedingungen. Das später entstandene AGB-Gesetz ist zwar auch auf Nicht-Verbraucher anwendbar, nennt im zweiten Absatz der Präambel jedoch ebenfalls ausdrücklich den Verbraucherschutz als Zielvorgabe. Ist der Bankkunde Verbraucher im Sinne von Art.1 II LGDCU, führt die Koexistenz beider Regelungswerke zu inhaltlichen Überschneidungen.⁸⁶⁴

Zentrale Norm des Verbraucherschutzgesetzes ist Art.10 *bis* LGDCU, der durch Ergänzungsvorschrift 1 des AGB-Gesetzes in das LGDCU eingefügt wurde und im ersten Absatz eine Legaldefinition für missbräuchliche AGB enthält. Ihrzufolge sind Geschäftsbedingungen missbräuchlich, wenn sie „nicht individuell ausgehandelt wurden und entgegen den Anforderungen an Treu und Glauben

⁸⁶² SAP Barcelona v. 14. September 1990 (RGD Nr.558, 1991, S.1811).

⁸⁶³ Mariño López, *Uso fraudulento de tarjetas de crédito*, S.50.

⁸⁶⁴ Sánchez Gómez, *El sistema de tarjeta de crédito*, S. 35. Der Begriff des Verbrauchers wird in Art. 1 II LGDCU etwas kryptisch legaldefiniert als „natürliche oder juristische Person, die als endgültiger Empfänger bewegliche Güter oder Immobilien, Produkte, Leistungen, Aktivitäten oder Funktionen erhält, verwendet oder nutzt, unabhängig davon die Rechtsnatur desjenigen, der sie produziert, ermöglicht, beschafft oder ausgibt, öffentlich oder privat, individuell oder kollektiv ist.“ („A los efectos de esta Ley, son consumidores o usuarios las personas físicas o jurídicas que adquieren, utilizan o disfrutan como destinatarios finales, bienes muebles o inmuebles, productos, servicios, actividades o funciones, cualquiera que sea la naturaleza pública o privada, individual o colectiva de quienes los producen, facilitan, suministran o expiden”).

zwischen den Vertragsparteien zu Lasten des Verbrauchers ein erhebliches Ungleichgewicht der sich aus dem Vertrag ergebenden Rechte und Pflichten verursachen.“ Darüber hinaus nennt Ergänzungsvorschrift 1 LCGC zwecks Konkretisierung der Legaldefinition von Art.10 *bis* exemplarisch eine Reihe missbräuchlicher Geschäftsbedingungen, die den Tatbestand des Art.10 *bis* I LGDCU erfüllen. Missbräuchliche Geschäftsbedingungen sind gemäß Art.10 *bis* II LGDCU nichtig. Die durch Nichtigkeit einer Vertragsklausel entstehende Regelungslücke im Vertrag ist nach den Grundsätzen von Treu und Glauben gemäß Art.1258 CC (vom Gericht) zu schließen. Der von den missbräuchlichen Geschäftsbedingungen nicht betroffene Teil des Vertrages bleibt bestehen, sofern nicht die Nichtigkeit der betroffenen Geschäftsbedingungen zu einer unbehebaren Unbilligkeit zwischen den Vertragsparteien führt.

c. Besonderheiten bei der Debitkartenzahlung

Bei der rechtlichen Zuordnung des Haftungsrisikos für Missbrauch einer Debitkartenzahlung muss Berücksichtigung finden, dass die Verwendung der Karte lediglich eine besondere Form der Überweisungsanweisung ist. Durch Verwendung der Karte weist der Karteninhaber seine Bank zur Überweisung eines Geldbetrags zugunsten des Vertragsunternehmens an. An dieser Stelle ist deshalb zu verweisen auf die Ausführungen zur Überweisung. Haftungsrelevant sind insofern auch die übrigen Vertragsbeziehungen, die zwischen dem Kartenemittenten und dem Karteninhaber bestehen:

Mangels Beauftragung der kontoführenden Bank (Kartenemittent) entsteht kein Kommissionsvertrag, sodass kommissionsvertragliche Bestimmungen sich auf die Haftungsrisikoverteilung zwischen Bank und Kunde nicht auswirken können.⁸⁶⁵ Dem Karteninhaber verbleibt aber sein verwahrungsvertraglicher Auszahlungsanspruch, den der Karteninhaber durch den Drittmissbrauch der Karte und die dadurch ausgelöste missbräuchliche Kontobelastung nicht verliert. Sowohl der Karteninhaber als auch die kontoführende Bank können wechselseitig Schadensersatzansprüche geltend machen, sofern vertragliche Pflichten aus dem Girovertrag verletzt wurden.⁸⁶⁶ Die girovertraglichen Pflichten werden ergänzt durch die beiderseitigen Pflichten aus dem Kartenemissionsvertrag. Darüber hinaus wird der herkömmliche girovertragliche Schadensersatzanspruch nach Art.1101 CC modifiziert durch die emissionsvertraglichen Haftungsbeschränkungen zugunsten des Karteninhabers.

d. Analoge Anwendung des Art.156 LCC auf kartengestützte Zahlungen

Erstaunlich ist insbesondere, dass weder Rechtsprechung noch Literatur die analoge Anwendung des Art.156 LCC auf den Debitkartenmissbrauch aufgreifen, denn schließlich gilt die Debitkartenzahlung als Spezialfall der Überweisung.⁸⁶⁷ Die Rechtslage zwischen gefälschtem beleghaften Überweisungsauftrag und der missbräuchlichen Verwendung der Zahlungskarte ist vergleichbar. Entscheidend ist, dass nicht der Kunde, sondern die Bank für die missbrauchsrisikoreiche Infrastruktur der Kartenzahlungssysteme einzustehen haben soll. Nur sie erntet schließlich die finanziellen Früchte aus der Bereitstellung des missbrauchsanfälligen Systems. Verluste durch Drittmissbrauch müssen daher als Verwirklichung des unternehmerischen Risikos verbucht werden. Auch vermag der Emissionsvertrag durch seine einseitig vom Kartenemittenten formulierten Vertragsklauseln die Regelungslücke der im Wechsel- und Scheckrecht zwingenden Vorschrift des Art.156

⁸⁶⁵ Siehe oben in Kap.2 C. I. 3. b. 2.).

⁸⁶⁶ Vgl. entsprechende Ausführungen zur Überweisung oben in Kap.2 C. I. 3. b. 3.).

⁸⁶⁷ Siehe oben in Kap.2 C. II. 2. b..

LCC nicht zu schließen. Denn findet die Vorschrift direkt oder analog Anwendung, kann sie nicht durch vertragliche Bestimmungen abbedungen werden.

In konsequenter Anwendung auf das gesamte Überweisungsrecht muss sich die höchstrichterlich beschiedene Analogie des Art.156 LCC folglich auch auf Überweisungsaufträge erstrecken, die mittels Debitkarte erteilt werden.⁸⁶⁸ Aufgrund der ebenfalls vergleichbaren Sachlage kann nichts anderes gelten für den Kreditkartenmissbrauch.

III. Das Lastschriftverfahren (*domiciliación de recibos*)

1. Wesen und Rechtsgrundlage des Lastschriftverfahrens

Im Lastschriftverfahren stellt der Kontoinhaber der Zahlstelle⁸⁶⁹ zunächst einen Abbuchungsauftrag (*orden de domiciliación*)⁸⁷⁰ aus, durch den er die Bank zur Einlösung von eingehenden Lastschriften eines ausdrücklich bezeichneten Zahlungsempfängers ermächtigt. Um einen reibungslosen Ablauf der Zahlungstransaktion zu gewährleisten, muss der Abbuchungsauftrag zumindest die Bank des Zahlungsempfängers, Details zur Abbuchung, den Namen des Zahlers, die Bank des Zahlers, die Kontonummer des Zahlers, das Ausstellungsdatum des Abbuchungsauftrags, die Referenznummer der Lastschriften sowie die Unterschrift des Zahlers enthalten.⁸⁷¹ Die einzelnen Lastschriften kann entweder der Zahlungsempfänger selbst bei der Zahlstelle einreichen oder seine Bank (Inkassostelle) zur Einreichung der Lastschriften beauftragen.⁸⁷² In der Praxis wählt der Zahlungsempfänger üblicherweise die zweite und für ihn komfortablere Variante und weist seine eigene Bank zur Einreichung der Lastschriften bei der Zahlstelle an.⁸⁷³ Nach Überprüfung der Konformität der Lastschrift mit dem Abbuchungsauftrag belastet die Zahlstelle das Konto des Zahlers in Höhe des in der Lastschrift ausgewiesenen Betrags.

2. Die einzelnen Rechtsverhältnisse

Das Lastschriftverfahren besteht nicht aus einem einzelnen Vertrag, sondern zeichnet sich als komplexe Bankoperation durch die Koexistenz verschiedener unabhängiger Rechtsverhältnisse aus.⁸⁷⁴ dem Deckungsverhältnis zwischen Zahler und Zahlstelle, einem oder mehrerer Interbankenverhältnisse, dem Vollzugsverhältnis zwischen Empfängerbank und Empfänger sowie dem Valutaverhältnis zwischen Zahler und Empfänger. Mangels spezialgesetzlicher Vorschriften bestimmen sich diese Rechtsverhältnisse nach den allgemeinen Bestimmungen des *Código Civil* und des *Código de Comercio*.⁸⁷⁵

a. Das Rechtsverhältnis zwischen Zahler und Zahlstelle

Dem Deckungsverhältnis zwischen Zahler und Zahlstelle liegt regelmäßig ein Girovertrag zugrunde. Indem der Zahler bei seiner Bank einen ordnungsgemäßen Abbuchungsauftrag einreicht, weist er die Bank zur Einlösung der zukünftig eingehenden auftragskonformen Lastschriften an. Die Ein-

⁸⁶⁸ Vgl. oben in Kap.2 C. I. 3. c.

⁸⁶⁹ Zwecks besseren Verständnisses werden die am Lastschriftverfahren Beteiligten im Folgenden entsprechend der Terminologie aus dem deutschen LSA bezeichnet (Zahler, Zahlstelle, Inkassostelle, Zahlungsempfänger).

⁸⁷⁰ Wegen seiner starken Ähnlichkeit zum Abbuchungsauftrag im deutschen Recht wird der *orden de domiciliación* im Folgenden als Abbuchungsauftrag bezeichnet.

⁸⁷¹ Jiménez Sánchez, Derecho mercantil, S.515.

⁸⁷² Jiménez Sánchez, Derecho mercantil, S.514.

⁸⁷³ García-Pita y Lastres, Operaciones bancarias neutras, S.516.

⁸⁷⁴ García-Pita y Lastres, Operaciones bancarias neutras, S.509 f.

⁸⁷⁵ Vega Perez, RDBB 1984, Nr.14, S.345, 360.

lösung der Lastschriften ist eine typische Bankdienstleistung (*servicio de caja*),⁸⁷⁶ zu deren Durchführung die Zahlstelle girovertraglich verpflichtet ist.⁸⁷⁷

Erforderlich für das Entstehen der Einlösungsverpflichtung einer konkreten Lastschrift ist das kumulative Vorliegen von wirksamem Abbuchungsauftrag und auftragskonformer Lastschrift.⁸⁷⁸ Abgesehen von der Pflicht zur Belastung des Zahlerkontos kann die inhaltliche Reichweite der Verpflichtung zur Einlösung einer eingehenden Lastschrift – wie auch bei Erhalt eines Überweisungsauftrags⁸⁷⁹ – nicht einheitlich bestimmt werden. Unterhalten Zahler und Zahlungsempfänger ihre Girokonten bei derselben Bank, hat diese den Lastschriftbetrag dem Empfängerkonto gutzuschreiben. Andernfalls hat sie alles Erforderliche und in ihrer Macht Stehende zu unternehmen, damit der Lastschriftbetrag zwecks Gutschrift auf dem Empfängerkonto zur Empfängerbank gelangt.⁸⁸⁰ Die Zahlstelle ist gegenüber dem Zahler allerdings nur bei ausreichender Deckung des Zahlungskontos zur Einlösung der Lastschriften und Durchführung der Zahlungstransaktion verpflichtet.⁸⁸¹

In formeller Hinsicht bestehen an den Abbuchungsauftrag keine besonderen rechtlichen Anforderungen, sodass er der Bank formfrei übermittelt werden kann.⁸⁸² In der Praxis erfolgt die Übermittlung überwiegend schriftlich. Andere Medien werden von den Banken in der Regel girovertraglich nur dann zugelassen, wenn die Authentizität des Auftrags sich einwandfrei und sicher feststellen lässt.⁸⁸³

Mit Übermittlung des Abbuchungsauftrags an die Zahlstelle entsteht im Bank-Kunden-Verhältnis ferner ein Kommissionsvertrag nach Maßgabe der Art.244 ff. CCom.⁸⁸⁴ Die girovertragliche Durchführungsverpflichtung von abbuchungsauftragskonformen Lastschriften wird durch die spezielleren kommissionsvertraglichen Vorschriften des *Código de Comercio* konkretisiert. Rechtswirkung entfaltet die kommissionsrechtliche Verbindung zwischen Zahler und Zahlstelle während der gesamten Zeit des Bestehens des Abbuchungsauftrags. Das Kommissionsverhältnis wird grundlegend geprägt durch die Weisungsgebundenheit der Zahlstelle gemäß Art.254 CCom.⁸⁸⁵ Der Zahler kann den Abbuchungsauftrag gemäß Art.279 CCom zu jedem Zeitpunkt formlos zurückziehen. Daraufhin darf die Bank keine eingehenden Lastschriften mehr durch Belastung des Zahlerkontos einlösen.⁸⁸⁶

Neben dem Giro- und Kommissionsverhältnis liegt dem Verhältnis zwischen Bank und Kunde außerdem ein Verwahrungsvertrag nach Art.303 ff. CCom zugrunde, sofern das Konto des Zahlers einen positiven Saldo aufweist.

⁸⁷⁶ Romero Fernández, La domiciliación bancaria de recibos, S.25; Zunzunegui, Derecho del Mercado Financiero, S.440; Vega Pérez, RDBB 1984, Nr.14, S.345, 360 f.; Jiménez Sánchez, Derecho mercantil, S.514; a.A. García-Pita y Lastres, welcher der Auffassung ist, aufgrund gewisser Besonderheiten, wie z.B. der periodischen Einreichung von Lastschriften und der Auslösung des Zahlungsvorgänge durch den Zahlungsempfänger, müsse es sich mit dem Abbuchungsauftrag entweder um einen selbständigen Kommissionsvertrag handeln oder die Vereinbarung des Abbuchungsauftrags löse den ursprünglichen Girovertrag auf und ersetze ihn durch einen neuen, erweitert um die Vereinbarung zur Einlösung von dem Abbuchungsauftrag entsprechenden Lastschriften (in: Operaciones bancarias neutras, S.511).

⁸⁷⁷ Embid Irujo, Cuenta corriente bancaria, S.197 f.

⁸⁷⁸ Romero Fernández, La domiciliación bancaria de recibos, S.62.

⁸⁷⁹ García-Pita y Lastres, Operaciones bancarias neutras, S.514; vgl. auch die Ausführungen zur Überweisung in Kap.2 C. I 2. a. 2.) c.).

⁸⁸⁰ Romero Fernández, La domiciliación bancaria de recibos, S.61.

⁸⁸¹ García-Pita y Lastres, Operaciones bancarias neutras, S.512.

⁸⁸² García-Pita y Lastres, Operaciones bancarias neutras, S.514.

⁸⁸³ García-Pita y Lastres, Operaciones bancarias neutras, S.514.

⁸⁸⁴ Zu den Voraussetzungen der Anwendung der kommissionsrechtlichen Vorschriften vgl. ausf. in Kap.2 C. I. 2. a. 3.) a.).

⁸⁸⁵ Jiménez Sánchez, Derecho mercantil, S.514.

⁸⁸⁶ Jiménez Sánchez, Derecho mercantil, S.515.

Aus den verschiedenen Vertragsbeziehungen entsteht sowohl dem Zahler als auch der Zahlstelle eine Reihe von Pflichten zur Vermeidung von Drittmissbrauch.⁸⁸⁷

b. Das Rechtsverhältnis zwischen den beteiligten Banken

Je nach Art des Lastschriftverfahrens kann eine unterschiedliche Zahl von Banken in den Zahlungsvorgang eingebunden sein: Während im Rahmen des internen Lastschriftverfahrens (*domiciliación interior*) Zahler und Zahlungsempfänger ihre Konten bei derselben Bank führen, können beim externen Lastschriftverfahren (*domiciliación exterior*) zwei,⁸⁸⁸ drei oder sogar eine noch höhere Anzahl⁸⁸⁹ von Banken beteiligt sein.⁸⁹⁰

c. Das Rechtsverhältnis zwischen Zahler und Zahlungsempfänger

Dem Valutaverhältnis liegt in aller Regel ein Dauerschuldverhältnis mit periodischer Fälligkeit variierender Zahlungsbeträge zugrunde.⁸⁹¹ Um Irrtümer und Missbrauch zu vermeiden, ist der Zahlungsempfänger verpflichtet, dem Zahler rechtzeitig vor Einreichung der Lastschrift bei der Zahlstelle über die konkreten Lastschriftbeträge in Kenntnis zu setzen.⁸⁹² Bei Unstimmigkeiten können Zahler und Zahlungsempfänger sich vor Einlösung strittiger Lastschriften im Vorfeld einigen, ohne gegebenenfalls eine aufwendige Rückabwicklung der Zahlung veranlassen zu müssen. Lassen sich die Differenzen nicht beheben, verbleibt dem Zahler schließlich die Möglichkeit zum Widerruf des Abbuchungsauftrags gegenüber der Bank, um nachfolgende Kontobelastungen zu unterbinden.

d. Das Rechtsverhältnis zwischen Inkassostelle und Zahlungsempfänger

Auch wenn nicht zwingend erforderlich, so ist es im Rahmen des Lastschriftverfahrens zumindest üblich, dass der Zahlungsempfänger ein Girokonto führt.⁸⁹³ Aus dem Girovertrag ist die Bank neben den übrigen Bankdienstleistungen (*servicios de caja*) auch zur Gutschrift der eingehenden Lastschriftbeträge verpflichtet, ohne dass der Zahlungsempfänger seine Bank hierzu bei jedem Zahlungseingang anweisen muss.⁸⁹⁴

⁸⁸⁷ Siehe hierzu unten in Kap.2 C. III. 3. a. 2.).

⁸⁸⁸ Bei der Direktlastschrift (*domiciliación directa*) unterhalten Zahl- und Inkassostelle ein Vertragsverhältnis mit gegenseitiger Verpflichtung zur Durchführung gewisser Bankoperationen. Zu diesen gehören auch die im Lastschriftverfahren erforderlichen Belastungs- und Gutschriftsbuchungen auf entsprechenden Verrechnungskonten (*cuentas mutuas de corresponsalia*). Schreibt die Zahlstelle der Inkassostelle einen Lastschriftbetrag zwecks Gutschrift auf dem Empfängerkonto gut, ist die Inkassostelle im Interbankverhältnis auf Grundlage des Interbankabkommens zur Gutschriftsbuchung zugunsten des Zahlungsempfängers verpflichtet. Diese Verpflichtung gilt für beide vertraglich verbundenen Banken reziprok (vgl. ausf. *Romero Fernández*, La domiciliación bancaria de recibos, S.118). Auf das Korrespondenzverhältnis zwischen Zahlstelle und Inkassostelle sind dabei die Vorschriften über das Kommissionsgeschäft (Art.244 bis 280 CCom) anwendbar.

⁸⁸⁹ Besteht zwischen Zahlstelle und Inkassostelle keine Korrespondenzverbindung, müssen eine oder mehrere zusätzliche Banken (*bancos mediadoras*) in den Zahlvorgang eingeschaltet werden, die ihrerseits ebenfalls untereinander vertragliche Korrespondenzverhältnisse unterhalten. Auch auf die einzelnen Rechtsverhältnisse innerhalb der hierdurch zustande kommenden Korrespondenzbankkette finden die kommissionsrechtlichen Vorschriften Anwendung. Die zwischengeschalteten Banken sind gegenüber der jeweils vorgeschalteten Bank zur Übermittlung des Lastschriftbetrags an die nachfolgende Bank verpflichtet, bis die Inkassostelle den Auftrag zu seiner Gutschrift auf dem Empfängerkonto erhält (*Romero Fernández*, La domiciliación bancaria de recibos, S.122).

⁸⁹⁰ Vgl. ausf. *Romero Fernández*, La domiciliación bancaria de recibos, S.117 ff.

⁸⁹¹ *García-Pita y Lastres*, Operaciones bancarias neutras, S.508.

⁸⁹² *García-Pita y Lastres*, Operaciones bancarias neutras, S.513.

⁸⁹³ *Romero Fernández*, La domiciliación bancaria de recibos, S.99.

⁸⁹⁴ M.w.N. *Romero Fernández*, La domiciliación bancaria de recibos, S.100 ff.

3. Haftungsrisikoverteilung bei Drittmissbrauch

a. Haftung Dogmatische Lösung

Auch im Lastschriftverfahren richtet sich die Haftungsrisikoverteilung in Ermangelung spezieller Vorschriften nach allgemeinen vertragsrechtlichen Grundsätzen. Im Vordergrund stehen vertragliche Erfüllungs- und Schadensersatzansprüche:

1.) Verwahrungsvertraglicher Auszahlungsanspruch des Zahlers

Die Zahlstelle ist gegenüber dem Zahler gemäß Art.306 I CCom einerseits zur Verwahrung des Geldes und andererseits bei entsprechender Weisung des Berechtigten zu seiner Herausgabe samt Wertzuwächsen verpflichtet.⁸⁹⁵ Belastet die Zahlstelle das Konto des Zahlers ohne wirksame Weisung, so verbleibt dem Zahler der volle verwahrungsvertragliche Auszahlungsanspruch. Maßgeblich für das Schicksal des Auszahlungsanspruchs ist insofern, ob der Zahler der Zahlstelle im Fall des Drittmissbrauchs eine wirksame Weisung zur Herausgabe des Geldes erteilt hat. Im Lastschriftverfahren geschieht dies durch den Abbuchungsauftrag als Generalweisung zur Einlösung aller auftragskonformen Lastschriften.⁸⁹⁶ Entscheidend ist, dass der Zahler zum Ausdruck bringt, seine Rechte an der verwahrten Sache aufgeben zu wollen. Zu einer konkreten Kontobelastung angewiesen gilt die Zahlstelle nur, wenn erstens ein wirksamer Abbuchungsauftrag und zweitens eine auftragskonforme Lastschrift vorliegen. Nur dann vermindert sich der Auszahlungsanspruch des Zahlers gegenüber der Zahlstelle.

Liegt einer eingehenden Lastschrift ein gefälschter Abbuchungsauftrag zugrunde, fehlt es an einer wirksamen Weisung. Nichts anderes kann gelten für einen verfälschten Abbuchungsauftrag, denn auch er ist in Ermangelung einer wirksamen Willenserklärung keine wirksame Weisung zur Herausgabe des Geldes.⁸⁹⁷ Besteht zwischen Zahler und Zahlstelle hingegen tatsächlich ein wirksamer Abbuchungsauftrag und reicht der Zahlungsempfänger eine unberechtigte Lastschrift ein, ist zu differenzieren: Entspricht die Lastschrift dem Abbuchungsauftrag, liegen alle erforderlichen Voraussetzungen für die wirksame Weisung vor. Weicht sie inhaltlich hingegen vom Abbuchungsauftrag ab, fehlt es der Weisung an der Vorraussetzung einer auftragskonformen Lastschrift.

Weder bei gefälschter noch bei verfälschter noch bei vom Abbuchungsauftrag abweichender Lastschrift, sondern allein bei Vorliegen eines wirksamen Abbuchungsauftrags samt auftragskonformer Lastschrift verliert der Zahler gegenüber der Zahlstelle den verwahrungsvertraglichen Auszahlungsanspruch in Höhe des Lastschriftbetrags.

2.) Schadensersatz wegen vertraglicher Pflichtverletzung

Sowohl Zahler als auch Zahlstelle können bei schadenskausaler Verletzung einer Vertragspflicht durch die andere Partei Schadensersatz nach Art.1101 CC verlangen.⁸⁹⁸

Von zentraler Bedeutung bei Missbrauch im Lastschriftverfahren ist die Verpflichtung der Bank zur Authentifizierung eingehender Weisungen. Außerdem hat sie in außergewöhnlichen Fällen und bei Irritationen und Unsicherheiten den Zahler hierüber in Kenntnis zu setzen.⁸⁹⁹ Erkennt seinerseits der Zahler – beispielsweise in seinen Kontoauszügen – Unregelmäßigkeiten in den Zahlungsvorgängen,

⁸⁹⁵ Vgl. ausf. oben in Kap.2 C. I. 3. b. 4.).

⁸⁹⁶ *García-Pita y Lastres*, Operaciones bancarias neutras, S.509.

⁸⁹⁷ Vgl. hierzu oben in Kap.2 C. I. 3. b. 4.).

⁸⁹⁸ Zu den allg. Voraussetzungen des Schadensersatzanspruchs nach Art.1101 CC vgl. Ausführungen im Rahmen der Überweisung in Kap.2 C. I. 3. b. 1.).

⁸⁹⁹ *García-Pita y Lastres*, Operaciones bancarias neutras, S.517.

hat er die Bank hierüber ebenfalls zu informieren.⁹⁰⁰ Schadensersatzpflichtig macht er sich allerdings nur, wenn die rechtzeitige Information der Zahlstelle den Schaden auch tatsächlich hätte abwenden können.⁹⁰¹

Der Verschuldensmaßstab bei Bank und Kunde ist unterschiedlich: Während sich der Zahler nach dem allgemeinen zivilrechtlichen Sorgfaltsgrundsatz aus Art.1104 II CC so zu verhalten hat wie ein guter Familienvater (*buen padre de familia*), muss die Zahlstelle die Sorgfalt eines guten Bankiers ausüben.⁹⁰²

Haben sich sowohl Zahler als auch Zahlstelle schadenskausal und schuldhaft pflichtwidrig verhalten, gelten die Grundsätze des Mitverschuldens (*concurrentia de culpas*).⁹⁰³

b. Analoge Anwendung des Art.156 LCC

Entsprechend der Ausführungen zur Überweisung ist der dem Scheckrecht zuzordnende Art.156 LCC ebenfalls analog auf Fälschungsfälle im Lastschriftverfahren anwendbar.⁹⁰⁴ Zwar ist hierüber bislang noch keine höchstrichterliche Rechtsprechung ergangen, doch die vergleichbare Rechtslage bei Missbrauch im Überweisungs- und Lastschriftverfahren verlangt die Ausweitung der Rechtsprechung zur analogen Anwendung des Art.156 LCC auf das Lastschriftverfahren: Versteht man Art.156 LCC als Ausdruck des gesetzgeberischen Willens, der Bank das unternehmerische Risiko bei der Durchführung von Bankgeschäften aufzuerlegen,⁹⁰⁵ und betrachtet man das Risiko des Drittmisbrauchs im Zahlungsverkehr generell als unternehmerisches Risiko, so muss die Bank auch im Lastschriftverfahren dieses Risiko tragen.⁹⁰⁶

Allerdings steht die für Überweisungen verbreitete Auffassung eines Ausschlusses der analogen Anwendung des Art.156 LCC auf Fälle der Verfälschung⁹⁰⁷ auch für das Lastschriftverfahren im Raum.⁹⁰⁸ Diese Lösung begegnet im Lastschriftverfahren jedoch keinen anderen Bedenken als im Überweisungsverkehr: Rechtsgedanke des Art.156 LCC ist nach allgemeiner Auffassung, das Risiko des Missbrauchs als unternehmerisches Risiko der gewinnerwirtschaftenden Bank aufzuerlegen. Dies ändert sich nicht bei Verfälschungen im Lastschriftverfahren. Zwar ist ein Scheck der Verfälschung tatsächlich weniger zugänglich als der Abbuchungsauftrag. Ein legitimer Grund für die Ausklammerung von der analogen Anwendung des Art.156 LCC ist dies jedoch nicht, denn wie bereits für verfälschte Überweisungsaufträge festgestellt, bleiben auch die für eine Analogie entscheidenden Parameter bei der Verfälschung eines Abbuchungsauftrags vergleichbar mit denjenigen bei Verfälschung eines Schecks.⁹⁰⁹

Vor diesem Hintergrund muss eine analoge Anwendung des Art.156 LCC sowohl für gefälschte als auch für verfälschte Abbuchungsaufträge gelten. Erfasst werden lediglich die unberechtigten Kontobelastungen selbst (Primärschäden/*daños*), nicht hingegen darüber hinausgehende Schäden (Sekundärschäden/*perjuicios*). Diese müssen über den allgemeinen vertraglichen Schadensersatzanspruch gemäß Art.1101 CC geltend gemacht werden.

⁹⁰⁰ Romero Fernández, La domiciliación bancaria de recibos, S.90.

⁹⁰¹ Romero Fernández, La domiciliación bancaria de recibos, S.90.

⁹⁰² Vgl. zum Sorgfaltsmaßstab der Bank die Ausführungen zur Überweisung in Kap.2 C. I. 3. b. 1.).

⁹⁰³ García-Pita y Lastres, Las entidades de crédito y sus obligaciones, S.517.

⁹⁰⁴ Romero Fernández, La domiciliación bancaria de recibos, S.90.

⁹⁰⁵ Garrigues, Contratos bancarios, S.520.

⁹⁰⁶ Romero Fernández, La domiciliación de recibos, S.90.

⁹⁰⁷ Siehe ausf. oben in Kap.2 C. I. 3. c. 2.).

⁹⁰⁸ Z.B. Romero Fernández für eine Beschränkung der analogen Anwendung auf gefälschte Abbuchungsaufträge (La domiciliación de recibos, S.90).

⁹⁰⁹ Siehe ausf. oben in Kap.2 C. I. 3. c. 2.).

c. Ergebnis Missbrauchsrisikoverteilung im Lastschriftverkehr

Die Risikoordnung für Drittmissbrauch im Lastschriftverkehr ist geprägt durch ein Gefüge unterschiedlicher vertraglicher Ansprüche, ergänzt durch die analoge Anwendung des Art.156 LCC. Das Verlustrisiko des Belastungsbetrags trägt grundsätzlich die Bank: Einerseits verbleibt dem Zahler der verwahrungsrechtliche Auszahlungsanspruch, selbst wenn er schuldhaft gehandelt hat. Die Bank kann dann jedoch gegenüber dem Zahler Schadensersatzansprüche gemäß Art.1101 CC geltend machen, deren prozessuale Durchsetzung jedoch durchaus problematisch sein kann.⁹¹⁰ Zum anderen wird der Zahler durch die analoge Anwendung des Art.156 LCC geschützt, der bei alleinigem Verschulden des Zahlers jedoch tatbestandlich ausgeschlossen ist. Zudem bleibt fraglich, ob die Rechtsprechung die analoge Anwendung des Art.156 LCC tatsächlich auf verfälschte Abbuchungsaufträge erstreckt. Sekundärschäden (*perjuicios*) müssen sowohl Zahler als auch Zahlstelle auf den verschuldensabhängigen Schadensersatzanspruch aus Art.1101 CC stützen.

IV. Beweisrecht

1. Grundlagen des spanischen Beweisrechts

Art.11 III des Gesetzes mit Verfassungsrang über die Gerichtsbarkeit (*Ley Orgánica del Poder Judicial*, kurz: LOPJ) trägt den Gerichten auf, im Einklang mit der Rechtsschutzgarantie aus Art.24 der Spanischen Verfassung (*Constitución Española*, kurz: CE) i.V.m. Art.1 VII CC grundsätzlich alle ihnen vorgelegten Streitigkeiten über das Bestehen von Ansprüchen zu entscheiden.⁹¹¹ Die Streitparteien müssen dem Gericht gemäß der Verhandlungsmaxime (*principio de aportación*) ihre Begehren vortragen und durch Tatsachen belegen. Zu beweisen sind gemäß Art.281 I der spanischen Zivilprozessordnung (*Ley de Enjuiciamiento Civil*, kurz: LEC) alle für den begehrten Rechtsschutz relevanten streitigen Tatsachen.⁹¹² Bei der Beweiswürdigung hat das Gericht alle Vorbringen gewissenhaft zu prüfen.⁹¹³

Die Beweislast (*carga de la prueba*) bestimmt, welche Prozesspartei Beweis über eine infrage stehende Tatsache zu erbringen hat. Zur Beweislastverteilung zwischen den Prozessparteien wird zwischen anspruchsbegründenden Tatsachen (*hechos constitutivos*) und rechtshindernden und rechtsvernichtenden Tatsachen (*hechos impeditivos/extintivos*) unterschieden.⁹¹⁴ Gemäß Art.217 LEC hat grundsätzlich der Anspruchsteller die anspruchsbegründenden und der Anspruchsgegner die rechtshindernden und rechtsvernichtenden Tatsachen zu beweisen.⁹¹⁵

Nicht jede Art von Nachweis ist zur Beweisführung zulässig. Stattdessen gilt ein *numerus clausus* der Beweismittel, nach dem insbesondere Urkunden (*documentos*), Parteivernehmung (*confesión en juicio*), Zeugenbeweis (*prueba testifical*) und der gerichtliche Augenschein (*reconocimiento judicial*) zulässig sind.⁹¹⁶

⁹¹⁰ Vgl. nachfolgend im Abschnitt zum spanischen Beweisrecht.

⁹¹¹ *Díaz Fuentes*, La Prueba en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, S.23.

⁹¹² Dass über unstrittige Tatsachen nicht Beweis geführt werden muss, ergeht nicht ausdr. aus Art.281 I LEC, sondern aus dem Zusammenspiel der Vorschrift mit einer Reihe weiterer Bestimmungen (vgl. ausf. *Díaz Fuentes*, La Prueba en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, S.17 f.).

⁹¹³ *Díaz Fuentes*, La Prueba en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, S.23.

⁹¹⁴ *Llegó Yagüe*, Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, Art.217 S.254.

⁹¹⁵ Kritisiert wurde an der Aufnahme dieses Grundsatzes in die neue Prozessordnung (*Ley 1/2000* vom 7. Januar) vor allem, dass die Einstufung einer Tatsache als anspruchsbegründend, rechtshindernd oder rechtsvernichtend häufig unpraktikabel ist. Durchbrochen wird die Beweislastverteilung außerdem durch eine Reihe von Ausnahmen (*Díaz Fuentes*, La Prueba en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, S.25).

⁹¹⁶ Ob ein Sachverständigengutachten (*informe pericial*) Beweismittel im engeren Sinne ist oder nicht, ist str. (*Gimeno Sendra*, Derecho Procesal Civil I, S.468).

Ziel der Beweisführung ist die Glaubhaftmachung der vorgetragenen Tatsachen und die Überzeugung des Gerichts von ihrer Wahrheit.⁹¹⁷ Sofern gesetzliche Beweisregeln den Beweiswert bestimmen, ist das Gericht in seiner Beweiswürdigung an die entsprechenden Prozessvorschriften gebunden (*valoración legal* bzw. *valoración tasada de la prueba*). Andernfalls kann es die von den Parteien eingebrachten Beweise in freier Beweiswürdigung bewerten.⁹¹⁸ In jedem Fall hat das Gericht gewissenhaft und anhand objektiver Kriterien zu prüfen, ob die beweisbelasteten Parteien die für sie zu beweisenden Tatsachen glaubhaft machen konnten.⁹¹⁹

Für gewisse Fälle sieht die spanische Prozessordnung gemäß Art.385 und 386 LEC durch gesetzliche bzw. richterliche Tatsachenvermutungen (*presunciones legales/judiciales*) Ausnahmen von der üblichen Beweiswürdigung vor.⁹²⁰

Eine Tatsachenvermutung ist dann anzunehmen, wenn eine zugestandene oder bewiesene Tatsache (*hecho admitido* bzw. *hecho probado*) den Rückschluss auf eine andere Tatsache (*hecho presunto*) zulässt. Die andere Tatsache gilt dann als vermutet. Es ist zu unterscheiden zwischen gesetzlichen und richterlichen Tatsachenvermutungen. Gesetzlicher Natur sind sie, wenn sie ausdrücklich im Gesetz vorgeschrieben sind. Der spanischen Rechtsordnung gemäß Art.117 I CE unterworfen, haben die Gerichte den gesetzlichen Tatsachenvermutungen zwingend zu folgen,⁹²¹ während die Annahme richterlicher Tatsachenvermutung im Ermessen des Gerichts liegt. Grundlage einer richterlichen Tatsachenvermutung sind nicht ausdrückliche gesetzliche Vorgaben, sondern richterliche Erwägungen der Logik. Zulässig ist sie, wenn nach allgemeiner Lebenserfahrung (*criterio humano*) zwischen der zugestandenen oder bewiesenen und der vermuteten Tatsache ein notwendiger und direkter Zusammenhang besteht.⁹²² Zu erschüttern ist sowohl die gesetzliche als auch die richterliche Tatsachenvermutung vom Belasteten durch einen vollumfänglichen Gegenbeweis.⁹²³

2. Beweisrechtliche Besonderheiten bei Missbrauch im bargeldlosen Zahlungsverkehr

Alle vorliegend betrachteten Zahlungsmittel weisen die Gemeinsamkeit auf, dass ein Zahlungsanspruch nur bei Vorliegen einer entsprechenden Weisung des Zahlers entsteht. Genau dieser Weisung ermangelt es dem Zahlungsanspruch beim Drittmisbrauch. Zur Schadloshaltung muss die Bank sich daher auf Schadensersatzansprüche aus Art.1101 CC wegen Verletzung einer vertraglichen Pflicht stützen. Zwar kann auch der Kunde vertragliche Schadensersatzansprüche geltend machen. Für ihn sind sie zur Schadloshaltung allerdings nur erforderlich, wenn er entweder über den Zahlungsbetrag hinaus Schäden erleidet oder die Bank Schadensersatzansprüche geltend macht, denen es zur Verrechnung nach den Grundsätzen des Mitverschuldens ebenfalls vertragliche Schadensersatzansprüche entgegenzuhalten gilt.

⁹¹⁷ Garberí Llobregat/Buitrón Ramírez, La Prueba Civil, S.108; Gimeno Sendra, Derecho Procesal Civil I, S.417.

⁹¹⁸ De la Oliva Santos, Derecho Procesal Civil II, S.326 f.

⁹¹⁹ Garberí Llobregat/Buitrón Ramírez, La Prueba Civil, S.108.

⁹²⁰ Die systematische Stellung der Bestimmungen über die Tatsachenvermutung zwischen den Beweismitteln und der Beweiswürdigung spiegelt ihren umstrittenen Rechtscharakter wider (Gimeno Sendra, Derecho Procesal Civil I, S.483). Während der Gesetzgeber sie durch Einbettung im letzten Abschnitt des sechsten Kapitels offenbar den Beweismitteln zuordnet, hält der überwiegende Teil der Literatur sie für eine struktureigene Technik zur Beweiswürdigung und nicht für ein Beweismittel (De la Oliva Santos, Derecho Procesal Civil II, S.393; Gimeno Sendra, Derecho Procesal Civil I, S.483; Díaz Fuentes, La Prueba en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, S.369; Garberí Llobregat/Buitrón Ramírez, La Prueba Civil, S.519).

⁹²¹ Garberí Llobregat/Buitrón Ramírez, La Prueba Civil, S.525.

⁹²² Vgl. Wortlaut des Art.386 I 1 LEC.

⁹²³ Vgl. Art.385 II (für die gesetzliche Tatsachenvermutung) bzw. 386 II i.V.m. Art.385 II LEC (für die richterliche Tatsachenvermutung).

Macht die Bank Schadensersatzansprüche gegen den Kunden geltend, trifft sie die Beweislast über alle anspruchsbegründenden Tatsachen. Beweisnöte ergeben sich für die Bank insbesondere hinsichtlich Pflichtverletzung und Verschulden des Kunden. Das Verhalten des Kunden ist für die Bank wegen des anonymisierten Ablaufs eines Zahlungsvorgangs typischerweise weder nachvollziehbar noch beweisbar. Erkennbar und beweisbar sind für die Bank regelmäßig nur diejenigen Umstände, welche die Bank zur Durchführung des Zahlungsvorgangs veranlasst haben. Sowohl beim regulären Zahlvorgang als auch beim Drittmisbrauch ist dies die (vermeintliche) Zahlungsanweisung des berechtigten Kunden.

Die Abgabe einer Zahlungsanweisung kann auf unterschiedlichem Wege erfolgen. Neben der traditionellen Variante einer schriftlichen Erklärung haben sich zahlreiche Verfahren entwickelt, denen vornehmlich der Einsatz elektronischer Medien zugrunde liegt. Wie auch in Deutschland und England kann die beweisbelastete Bank dann lediglich die Computerprotokolle zur Dokumentation des Zahlungsvorgangs vorbringen.

Zu unterscheiden ist vor diesem Hintergrund zwischen drei strukturunterschiedlichen Beweissituationen:

a. Beweislage bei Fälschung einer unterschriftsgebundenen Anweisung

Führt die Bank eine Zahlungsanweisung auf Grundlage einer gefälschten Unterschrift aus, hilft ihr das Vorbringen des mit der gefälschten Unterschrift versehenen Dokuments im Prozess nicht: Weder ergeht aus ihm eine dem Kunden zurechenbare Weisung noch spricht sie für eine Pflichtverletzung oder die Schuld des Kunden. Weitere Beweismittel zur Schmälerung der beweisrechtlichen Notlage verbleiben der Bank in der Regel nicht.

b. Beweislage bei Verfälschung einer unterschriftsgebundenen Anweisung

Bringt die Bank im Prozess eine verfälschte Zahlungsanweisung vor, welche die Unterschrift des Zahlers trägt, geht sie als Privaturkunde nach §§ 324 ff. LEC in den Prozess ein.⁹²⁴ Der Beweiswert der Urkunde richtet sich danach, ob der Prozessgegner ihre Authentizität bestreitet. Unterlässt der Prozessgegner ein Bestreiten, muss das Gericht den Inhalt der Privaturkunde als bewiesen anerkennen (*valoración tasada de la prueba*).⁹²⁵ In der Regel wird der Zahler zwar die Authentizität der Unterschrift auf der Zahlungsanweisung anerkennen, diejenige des Erklärungsgehalts des Dokuments jedoch bestreiten. Das Gericht hat über die Authentizität der Überweisungsanweisung einschließlich ihres Erklärungsgehalts deshalb in freier Beweiswürdigung zu befinden.⁹²⁶ Zur Überzeugung des Gerichts wird die Bank sich regelmäßig auf die Echtheit der Unterschrift berufen. Die Beweislage des Zahlers hängt von den Einzelumständen ab.

c. Beweiswert der bankeigenen Computerprotokolle

Wird eine Zahlungsanweisung mittels elektronischer Medien erteilt, verbleibt der Bank lediglich der Rückgriff auf die Aufzeichnungen des Zahlungsvorgangs durch die Computeranlage der Bank. Deren Ausdrücke gehen ebenfalls als private Urkunden nach Art.324 ff. LEC in den Prozess ein. Nicht allen privaten Urkunden ist ein homogener Beweiswert inhärent, sondern je nach Zuorden-

⁹²⁴ Nach der Negativdefinition des Art.324 LEC sind Privaturkunden alle Dokumente, die keine öffentlichen Urkunden i.S.d. Art.317 LEC sind.

⁹²⁵ Gaberí Llobregat/Buitrón Ramírez, La Prueba Civil, S.391.

⁹²⁶ Gaberí Llobregat/Buitrón Ramírez, La Prueba Civil, S.391.

barkeit zum Aussteller und Authentifizierbarkeit ist er für den Einzelfall zu ermitteln.⁹²⁷ Selbst Computerprotokollen untereinander wird kein einheitlicher Beweiswert zugesprochen:

Im Rahmen kartengestützter Zahlungstransaktionen ist danach zu unterscheiden, ob der Vorgang unter Legitimation kraft Unterschrift oder durch Eingabe der PIN erfolgte.

Legitimiert sich der Karteninhaber mittels Unterschrift an der automatisierten Kasse, reicht nach Entscheidung des Obersten Gerichtshofs vom 21. Dezember 2001 die Vorlage der bankeigenen Computerprotokolle für die Beweisführung über eine Weisung des Karteninhabers nicht aus.⁹²⁸ Vielmehr sind für die Beweisführung in diesen Fällen die vom Kartenverwender unterzeichneten Originalzahlungsbelege im Prozess vorzulegen.

Der Beweiswert bankeigener Computerprotokolle bei Kartenzahlungen unter Eingabe der PIN wird in der Literatur unterschiedlich bewertet: Zum Teil wird angenommen, Protokolle aus denen die tatsächliche Verwendung der Karte hervorgeht, reichen zur Beweisführung über das Vorliegen einer Weisung des Karteninhabers aus.⁹²⁹

Der Karteninhaber kann dann allerdings einen Gegenbeweis darüber führen, dass nicht er selbst, sondern ein unberechtigter Dritter die Karte zur Zahlung verwendet hat. Geht aus den Transaktionsprotokollen die Verwendung der Karte unter Eingabe der korrekten PIN hervor, stellt sich die Frage nach ihrem Beweiswert erneut im Rahmen der Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen. In Ermangelung höchstrichterlicher Rechtsprechung besteht diesbezüglich Uneinigkeit unter den Instanzgerichten:

Nach Auffassung der *Audiencia Provincial de Madrid*⁹³⁰ kommt als Ursache für die missbräuchliche Verwendung der Zahlungskarte unter Eingabe der korrekten PIN allein pflichtwidriges Verhalten des Karteninhabers in Betracht.⁹³¹ Die Vorlage der Computerprotokolle könne nur zurückzuführen sein auf eine unangemessene Verletzung der Pflicht zur sorgfältigen Verwahrung seitens des Karteninhabers, sodass jede Haftung der Bank ausscheiden müsse. Strittig war in dem Urteil allerdings nur die beschränkte Haftung des Karteninhabers in Höhe von 120 Euro für einfache Fahrlässigkeit. Ob die Computerprotokolle sogar zur Beweisführung über grobe Fahrlässigkeit ausreichen sollen, blieb in dem Urteil unentschieden. Offen bleibt in dem Urteil ferner die Frage, ob die Computerprotokolle lediglich eine richterliche Prozessvermutung (*presunción judicial*) erzeugen, oder ob sie sogar für einen Vollbeweis über die Pflichtverletzung und die Fahrlässigkeit des Karteninhabers ausreichen sollen. Für den weiteren Prozessverlauf ist dies jedoch unerheblich, denn in beiden Fällen hätte der belastete Karteninhaber einen in der Praxis schwer erbringbaren vollen Gegenbeweis zu führen.

Wegen des breiten Spektrums technisch mehr oder minder aufwendiger und erfindungsreicher Ausspäh- und Missbrauchsvarianten, misst die *Audiencia Provincial de Murcia* der Dokumentation über die Verwendung einer Zahlungskarte unter Eingabe der richtigen PIN nur geringen Beweiswert zu.⁹³² Entgegen den Darlegungen des prozessbeteiligten Kreditinstituts sei nicht schon wegen der statistischen Unwahrscheinlichkeit des zufälligen Erratens der PIN ein Rückschluss auf pflichtwidriges Verhalten des Karteninhabers zulässig. Vielmehr sei die Überwindung der Sicherheitsmerkmale im Zahlungsverkehr mittlerweile eine Alltagserscheinung; pflichtwidriges Verhalten des Karteninhabers sei insofern keinesfalls zwingende Grundlage für die Eingabe der korrekten PIN.

⁹²⁷ *Sendra*, Derecho Procesal Civil, S.463.

⁹²⁸ STS Nr.1212/2001 vom 21.12.2001 (RJ 2001/10053).

⁹²⁹ So wohl *Castilla Cubillas*, La tarjeta de crédito, S.184.

⁹³⁰ Eine *Audiencia Provincial* entspricht im zivilprozessualen Instanzenzug in etwa dem deutschen Landgericht.

⁹³¹ So z.B. SAP Madrid 348/2005 (Sección 18) vom 5. Mai 2005, (JUR 2005/179031).

⁹³² SAP de Murcia (Sección 1ª) Nr.276/2004 vom 29. September 2004, (JUR 2005/70297).

d. Die Gefährdungshaftung gemäß Art.156 LCC

Materiell-rechtlich ergibt sich im Missbrauchsfall aus Art.156 LCC die Haftung der Bank für den Primärschaden, sofern nicht ausschließlich der Bankkunde den Missbrauch verschuldet hat.⁹³³ Auf prozessualer Seite ergibt sich für die Bank hieraus eine überaus nachteilhafte Beweislast: Um sich schadlos zu halten, muss sie nicht nur – wie auch zur Durchsetzung von Schadensersatzansprüchen – Beweis über einfaches Verschulden des Bankkunden führen. Vielmehr kann sie sich aus der Haftung für den Primärschaden nur befreien, indem sie auch beweist, dass *ausschließlich* der Anspruchsgegner für den Missbrauch verantwortlich ist. Insofern erfasst die für die zur Schadloshaltung erforderliche Beweisführung auch den Nachweis vollumfänglicher Ausübung der eigenen Sorgfalt⁹³⁴ bzw. das vollkommene Ausbleiben eigener Nachlässigkeit.⁹³⁵ Die Schwierigkeit der praktischen Umsetzung dieser beweisrechtlichen Vorgaben liegt auf der Hand. Die Gefährdungshaftung aus Art.156 LCC nähert sich insofern einer objektiven Haftung der Bank an.⁹³⁶

V. Zusammenfassung der Rechtslage in Spanien

Weder das Recht der Kartenzahlungen noch der Überweisungen oder des Lastschriftverkehrs sind in der spanischen Rechtsordnung spezialgesetzlich geregelt, sodass sich auch die Zuordnung des Drittmisbrauchsrisikos wie in Deutschland und England vornehmlich nach den Regeln des allgemeinen Vertragsrechts richtet.

Eine Überweisungstransaktion zeichnet sich durch das zwingende Erfordernis eines Girovertrags zwischen Bank und Kunde aus. Eine zentrale girovertragliche Verpflichtung der Bank beinhaltet die Verrichtung gewöhnlicher Bankdienstleistungen (*servicios de caja*), denen auch die Überweisung zuzurechnen ist. Beauftragt der Kontoinhaber die Bank zur Durchführung einer Überweisungstransaktion, entsteht zwischen beiden gewöhnlicherweise ein Kommissionsvertrag mit eigenen Rechten und Pflichten für die Beteiligten. Bei Drittmissbrauch gelangt dieser in Ermangelung einer entsprechenden Willenserklärung des Kontoinhabers jedoch grundsätzlich nicht zur Entstehung und kann für die Beteiligten infolgedessen auch keine missbrauchshaftungsrelevanten Rechte und Pflichten begründen. Sofern das Konto des Kunden zum Zeitpunkt der missbräuchlichen Überweisung Guthaben aufweist, steht dem Kunden allerdings ein verwahrungsrechtlicher Rückzahlungsanspruch in Höhe des verwahrten Geldes zu, der auch nach der auf Missbrauch beruhenden Kontobelastung ungeschmälert fortbesteht. Vor diesem Hintergrund trägt die Bank bereits nach allgemeinen vertragsrechtlichen Regeln grundsätzlich das Drittmisbrauchsrisiko im Überweisungsverkehr. Bei kundenseitiger Verletzung giro- oder verwahrungsvertraglicher Sorgfaltspflichten kann die Bank dem verwahrungsrechtlichen Rückzahlungsanspruch des Kontoinhabers bei Vorliegen der übrigen Voraussetzungen des Art.1101 CC allerdings vertragliche Schadensersatzansprüche entgegenhalten, die bei eigener schuldhafter Vertragspflichtverletzung der Bank nach den Grundsätzen des Mitverschuldens (*concurrentia de culpas*) zu kürzen sind.

Die Debitkartenzahlung gilt als Sonderfall der Überweisung, sodass die voranstehenden Ausführungen für sie ebenfalls gelten. Darüber hinaus entfaltet der Kartenemissionsvertrag zwischen den Beteiligten zusätzliche Rechte und Pflichten. Missbrauchsrelevant sind vor allem die besonderen

⁹³³ *Morales & Sancho*, Manual práctico de responsabilidad civil, S.60; siehe ausführlich oben in Kap.2 C. I. 3. c.

⁹³⁴ *Alvarado Herrera*, La transferencia bancaria, S.305.

⁹³⁵ *Alonso Espinosa*, La Ley 1992, Band 1, 226, 230, 231. *Batlle Sales* bezeichnet die Beweislage als Beweislastumkehr. Diese Einordnung erscheint jedoch unzutreffend, schließlich wäre der Bankkunde auch ohne Eingreifen des Art.156 LCC hinsichtlich des Primärschadens wegen seines verwahrungsrechtlichen Rückgabeanspruchs nicht mit der Beweisführung über einfaches und schon gar nicht über ausschließliches Verschulden der Bank belastet.

⁹³⁶ *Alonso Espinosa*, La Ley 1992, Band 1, 226, 231.

Sorgfaltspflichten des Karteninhabers, deren schuldhafte Missachtung eine zusätzliche emissionsvertragliche Haftung auslösen kann. Zu berücksichtigen sind zudem die regelmäßig im Kartenemissionsvertrag fixierten Haftungsprivilegierungen des Karteninhabers. In zeitlicher Hinsicht wird er freigestellt von jedem nach Verlust- bzw. Gefahrenmeldung eingetretenen Schaden. Quantitativ wird seine Haftung bei einfacher Fahrlässigkeit üblicherweise auf 150 Euro beschränkt.

Das Haftungsregime des Kreditkartenemissionsvertrags korreliert in der Praxis mit demjenigen des Debitkartenvertrags. Anders als bei der Debitkartenzahlung ist das Kreditkartengeschäft allerdings kein Spezialfall der Überweisung. Entscheidend für die Missbrauchshaftung sind deshalb ausschließlich die Haftungsbestimmungen des Emissionsvertrags unter Berücksichtigung des allgemeinen Vertragsrechts. Auf Grundlage des Emissionsvertrags entsteht dem Kartenemittenten gegenüber dem Karteninhaber ein Zahlungsanspruch nur nach tatsächlicher Kartenverwendung durch einen Berechtigten, sodass auch bei Kreditkartenmissbrauch grundsätzlich die Bank haftet. Gegebenenfalls kann sie sich gegenüber dem Karteninhaber jedoch unter den zusätzlichen Voraussetzungen des Art.1101 CC auf Grundlage des allgemeinen Schadensersatzrechts schadlos halten.

Für das Lastschriftverfahren (*domiciliación de recibos*) reicht der Zahler bei seiner kontoführenden Bank zunächst einen Abbuchungsauftrag ein. Die Einlösung abbuchungsauftragskonformer Lastschriften ist eine typische Bankdienstleistung, zu deren Durchführung die Bank girovertraglich verpflichtet ist. Gleichzeitig dient der Abbuchungsauftrag der Bank gegenüber dem Zahler als Ermächtigungsgrundlage zur Kontobelastung. Durch Übermittlung des Abbuchungsauftrags an die Zahlstelle entsteht im Bank-Kunden-Verhältnis zudem ein Kommissionsvertrag nach Maßgabe der Art.244 ff. des *Código de Comercio*, welche die girovertragliche Durchführungsverpflichtung von abbuchungsauftragskonformen Lastschriften konkretisieren.

Weder bei ge- oder verfälschter noch bei vom Abbuchungsauftrag abweichender Lastschrift, sondern allein bei Vorliegen eines wirksamen Abbuchungsauftrags samt auftragskonformer Lastschrift verliert der Zahler gegenüber der Zahlstelle den verwahrungsvertraglichen Auszahlungsanspruch in Höhe des Lastschriftbetrags. Auch im Lastschriftverfahren trägt die Bank folglich grundsätzlich das Missbrauchsrisiko. Etwas anderes gilt ausnahmsweise, wenn der Zahlungsempfänger missbräuchlich eine Lastschrift einreicht, die inhaltlich mit dem Abbuchungsauftrag übereinstimmt. Denn in diesem Fall ist die Zahlstelle zur Belastung des Zahlerkontos trotz des möglichen Defekts im Valutaverhältnis berechtigt und der Auszahlungsanspruch des Zahlers schmälert sich um den Betrag der eingelösten Lastschrift. Schadensersatzansprüche können sich Bank und Zahler wechselseitig nach allgemeinem Schadensersatzrecht auf Grundlage von Art.1101 CC entgegenhalten.

Besonderes Augenmerk verdient die im Scheckrecht beheimatete Gefährdungshaftung des Art.156 LCC, deren analoge Anwendung das *Tribunal Supremo* höchststrichterlich auf den Missbrauch im Überweisungsverkehr anordnete. Als Ausdruck einer berufsspezifischen Gefährdungshaftung weist Art.156 LCC das Missbrauchsrisiko im Scheckverkehr grundsätzlich der Bank zu. Bereits tatbestandlich ausgeschlossen ist die Vorschrift allerdings bei ausschließlichem Verschulden des Bankkunden. Konsequenterweise muss die Vorschrift im Lichte der höchststrichterlichen Rechtsprechung und in Hinblick auf ihren Kerngehalt der berufsspezifischen Gefährdungshaftung trotz gegenteiliger Auffassungen in der Literatur auf alle vorliegend untersuchten Zahlungsmittel erstreckt werden. Insbesondere besteht kein Grund, die analoge Anwendung von Art.156 LCC unter Ausschluss von Verfälschungssachverhalten auf gefälschte Überweisungen zu beschränken.

Wie in Deutschland ist der Beweiswert der bankeigenen elektronischen Zahlungsprotokolle in Spanien umstritten. Während einige Instanzgerichte die bankeigenen Computerprotokolle teilweise als ausreichend für die Beweisführung über eine Weisung des Bankkunden erachten, wird den Aufzeichnungen vereinzelt sogar hinreichender Beweiswert zum Nachweis über eine Sorgfaltspflicht-

verletzung des Bankkunden zugesprochen. Eine höchstrichterliche Entscheidung erfolgte hierüber bislang nicht. Eine weitere, für die Bank äußerst nachteilige beweisrechtliche Besonderheit betrifft die Gefährdungshaftung des Art.156 LCC: Zur Entlastung hat die Bank sowohl kundenseitiges Verschulden als auch die vollumfängliche Ausübung eigener Sorgfalt bzw. das Ausbleiben eigener Nachlässigkeit nachzuweisen.

Kapitel 3: Die harmonisierte Missbrauchshaftung in der europäischen Zahlungsdiensterichtlinie 2007/64/EG

A. Ein neuer Rechtsrahmen für den bargeldlosen Zahlungsverkehr im europäischen Binnenmarkt

I. Rechtspolitischer Hintergrund der Richtlinie 2007/64/EG

Im März 2000 haben die Staats- und Regierungschefs der Europäischen Union auf dem Lissabonner Gipfel eine neue Strategie vorgestellt, deren erklärtes Ziel es war, die Europäische Union zur wettbewerbsfähigsten Wirtschaftsgemeinschaft der Welt zu machen und bis zum Jahr 2010 Vollbeschäftigung zu erreichen. Eckpfeiler dieser „Lissabon-Strategie“ waren die drei Bereiche Wirtschaft, Soziales und Umwelt. Nach anfänglich unbefriedigenden Ergebnissen erhielt die Initiative im Frühjahr 2005 eine neue Ausrichtung durch Fokussierung der Anstrengungen auf zwei zentrale Aufgaben: Die Herbeiführung eines kräftigeren und nachhaltigen Wachstums und die Schaffung von mehr und besseren Arbeitsplätzen.⁹³⁷ Integraler Bestandteil des neuen Lissabon-Aktionsplans ist die Vollendung des Binnenmarkts der Europäischen Union. Eine der hierfür vorgesehenen Schlüsselreformen betrifft auch den Markt für Finanzdienstleistungen.⁹³⁸

In Abstimmung mit der wirtschaftlichen Zielsetzung der Lissabon-Strategie gründeten die Spitzenverbände der europäischen Bankwirtschaft den Europäischen Zahlungsverkehrsausschuss (*European Payment Council*, kurz: EPC) mit der Aufgabe und dem Ziel der Schaffung eines einheitlichen Zahlungsverkehrsraums (*Single Euro Payments Area*, kurz: SEPA). Innerhalb des gesamten SEPA sollen Bürger, Gesellschaften und andere Wirtschaftsteilnehmer auf Grundlage einheitlicher Rahmenbedingungen, Rechte und Pflichten sowohl nationale als auch grenzüberschreitende Zahlungen durchführen und empfangen können.⁹³⁹ Dazu entwickelte der Zahlungsverkehrsausschuss für drei im europäischen Wirtschaftsraum besonders etablierte Zahlungsmittel einheitliche technische Standards, und zwar die SEPA-Überweisung, die SEPA-Lastschrift und die SEPA-Kartenzahlung. Die sukzessive praktische Umsetzung im europäischen Raum⁹⁴⁰ begann zum 28. Januar 2008 mit der Einführung der SEPA-Überweisung, auf deren Grundlage europaweit nach einheitlichem Standard Überweisungen vorgenommen werden können.⁹⁴¹

Mit Schaffung der Richtlinie 2007/64/EG wurde der Vorstoß des europäischen Bankgewerbes durch Bereitstellung eines einheitlichen Rechtsrahmens für den europäischen Zahlungsraum begleitet. In ausdrücklicher Bezugnahme auf die Lissabon-Strategie erarbeitete die Europäische Kommission im Jahr 2003 zunächst ein Konsultationspapier,⁹⁴² anschließend nahm der parlamentarische

⁹³⁷ Vgl. S.5 der Mitteilung der EU-Kommission vom 2. Feb. 2005 für die Frühjahrstagung des Europäischen Rates („Zusammenarbeit für Wachstum und Arbeitsplätze – Ein Neubeginn für die Strategie von Lissabon“, KOM (2005) 24).

⁹³⁸ Vgl. S.6 der Mitteilung der EU-Kommission vom 2. Feb. 2005.

⁹³⁹ Vgl. Vision des EPC, abrufbar unter: http://www.europeanpaymentscouncil.eu/content.cfm?page=sepa_vision, zuletzt abgerufen am 18.03.2009.

⁹⁴⁰ Beteiligt am SEPA sind nicht nur die 27 EG-Mitgliedstaaten, sondern auch Island, Liechtenstein, Norwegen und die Schweiz.

⁹⁴¹ Nach Angaben der Europäischen Zentralbank beteiligten sich zum 28. Januar 2008 bereits über 4000 Kreditinstitute aus dem SEPA-Raum an der Einführung der SEPA-Überweisung (vgl. homepage des EPC: http://www.europeanpaymentscouncil.eu/knowledge_bank_detail.cfm?documents_id=109, zuletzt abgerufen am 18.03.2009).

⁹⁴² KOM (2003) 718 endg., Mitteilung der Kommission an den Rat und das Europäische Parlament vom 2. Dez. 2003, S.5 ff., 8 ff.

Ausschuss für Wirtschaft und Währung im März 2004 grundlegend zum Harmonisierungsvorhaben Stellung,⁹⁴³ bis die Kommission schließlich im Dezember 2005 einen konkreten Entwurf für die Richtlinie über Zahlungsdienste im Binnenmarkt vorlegte.⁹⁴⁴ Nach Stellungnahme des Wirtschafts- und Sozialausschusses am 19. Juni 2006 schlug das Parlament in seiner ersten Lesung eine Reihe von Änderungen vor,⁹⁴⁵ die der Rat in erster Lesung am 15. Oktober 2007 billigte.⁹⁴⁶ Durch Unterzeichnung der Richtlinie durch den ECOFIN-Rat und das Parlament am 13. November verwirklichte sich schließlich ein wichtiger Schritt auf dem Weg zu der „gemeinsamen Vision“ eines einheitlichen Euro-Zahlungsverkehrsraums von Europäischer Kommission und EZB.⁹⁴⁷

Die Gesetzgebungsorgane der Europäischen Gemeinschaft verstehen die Richtlinie 2007/64/EG als zentrales Erfordernis für das einwandfreie Funktionieren des Binnenmarkts, der bisher durch fehlende Harmonisierung im Bereich der Zahlungsdienste behindert würde.⁹⁴⁸ Die bisherigen gemeinschaftsrechtlichen Regelungsbemühungen seien unzureichend und ergäben ein verwirrendes Nebeneinander unvollständiger gemeinschaftlicher Rahmenbedingungen mit der Folge mangelnder Rechtssicherheit.⁹⁴⁹ Vor diesem Hintergrund sei die Schaffung eines modernen und kohärenten rechtlichen Rahmens für Zahlungsdienste erforderlich, der dem Verbraucher durch einheitliche Wettbewerbsbedingungen erhebliche Fortschritte hinsichtlich Kosten, Sicherheit und Effizienz bietet.⁹⁵⁰ Durch die Richtlinie sollen rechtliche und technische Hindernisse beseitigt werden, die der Schaffung eines gemeinsamen Zahlungsverkehrsmarkts im Wege stehen, um dadurch den Wettbewerb innerhalb der Zahlungsverkehrssysteme zu erhöhen und Skaleneffekte zu erleichtern.⁹⁵¹

II. Regelungsgehalt und Systematik der Zahlungsdiensterichtlinie

Gestützt auf Art.47 II 1, 3 EG und Art.95 EG ordnet sich die Zahlungsdiensterichtlinie dem Niederlassungsrecht und der allgemeinen Harmonisierung von Rechts- und Verwaltungsvorschriften zum Zwecke eines funktionierenden Binnenmarkts zu. Die Richtlinie besteht aus drei Teilen: den Erwägungsgründen, dem eigentlichen Richtlinienentwurf sowie einem kurzen Anhang mit abschließender Auflistung der unter den Zahlungsdienstbegriff fallenden Tätigkeiten.⁹⁵²

Der Hauptteil der Richtlinie ist gegliedert in sechs Titel, die in Kapitel und diese wiederum in Abschnitte unterteilt sind.

Titel I (Art.1 bis 4) ZDR bestimmt Gegenstand, Anwendungsbereich und Begrifflichkeiten der Richtlinie. Gemäß Art.1 I ZDR werden in ihr die Regeln festgelegt, nach denen sechs Kategorien

⁹⁴³ Bericht vom 18. März 2004 über einen Rechtsrahmen für einen einheitlichen Zahlungsraum (2003/2101 (INI)), endg. A5-0192/2004.

⁹⁴⁴ KOM (2005) 603.

⁹⁴⁵ Vgl. Bericht des Parlaments vom 20. September 2006.

⁹⁴⁶ Vgl. Pressemitteilung über die 2823. Tagung des Europäischen Rates (Pres/2007/236).

⁹⁴⁷ Vgl. Pressemitteilung vom 4. Mai 2006 – Einheitlicher Euro-Zahlungsverkehrsraum (SEPA) auf der Homepage der Europäischen Zentralbank, abrufbar unter: http://www.ecb.int/press/pr/date/2006/html/pr060504_1.de.html, zuletzt abgerufen am 18.03.2009; vgl. auch die „Gemeinsame Erklärung der Europäischen Kommission und der Europäischen Zentralbank anlässlich der Verabschiedung der Richtlinie über Zahlungsdienste durch das Europäische Parlament“ vom 24. April 2007 (IP/07/550).

⁹⁴⁸ Erwägungsgrund 1 ZDR.

⁹⁴⁹ Erwägungsgrund 3 ZDR.

⁹⁵⁰ Erwägungsgrund 4 ZDR.

⁹⁵¹ Vgl. Erläuterung der Europäischen Kommission zum Richtlinienentwurf in Memo/05/461 auf der Homepage der Europäischen Kommission.

⁹⁵² Dass die Auflistung abschließend ist, ergibt sich zum einen aus dem gemeinschaftsrechtlichen Bestimmtheitsgebot, das aus dem Rechtsstaatsprinzip des Art.6 I EU hergeleitet wird (vgl. Calliess/Ruffert-*Calliess*, EUV/EGV, EUV Art.6 Rn.27), und zum anderen aus Art.84a ZDR, der die Kommission ermächtigt, die Liste der Tätigkeiten im Anhang im Einklang mit den Art.2 bis 4 und 16 anzupassen, um zukünftigen Marktentwicklungen bei Zahlungsdiensten Rechnung zu tragen.

von Zahlungsdienstleistern zu unterscheiden sind: Kreditinstitute,⁹⁵³ E-Geld-Institute,⁹⁵⁴ Postscheckämter, Zahlungsinstitute im Sinne der Zahlungsdiensterichtlinie selbst, Zentralbanken⁹⁵⁵ und die Mitgliedstaaten bzw. ihre regionalen oder lokalen Gebietskörperschaften, sofern sie nicht in ihrer Eigenschaft als Behörden handeln. Ferner werden gemäß Art.1 II ZDR die Transparenz der Vertragsbedingungen, die Informationspflichten für Zahlungsdienste und die Rechte und Pflichten von Zahlungsdienstnutzern und Zahlungsdienstleistern in der Richtlinie geregelt. Ausgeschlossen vom Anwendungsbereich ist eine Erbringung von Zahlungsdiensten die weder hauptberuflich noch gewerblich erfolgt.⁹⁵⁶ In räumlicher Hinsicht erklärt sich die Richtlinie in Art.2 I anwendbar für Zahlungsdienste, deren Durchführung sich ausschließlich innerhalb der Gemeinschaft verwirklicht. Um den sachlichen Anwendungsbereich des Regelungswerks genauer zu erfassen, ist über den Verweis in Art.4 Nr.3 ZDR ein Blick auf die im Anhang genannten Zahlungsdienste nötig. Trotz der abschließenden Benennung der vom Anwendungsbereich erfassten Tätigkeiten im Anhang führt Art.3 ZDR ausdrücklich eine Reihe von Tätigkeiten auf, die vom Anwendungsbereich der Richtlinie ausgenommen sind.⁹⁵⁷ Um zwecks effektiver Harmonisierung ein einheitliches Verständnis über die in der Richtlinie verwendeten Termini zu gewährleisten, finden sich schließlich in Art.4 Nr.1 bis Nr.30 ZDR zahlreiche Begriffsbestimmungen.

Titel II (Art.5 bis 29) befasst sich mit dem Zahlungsdienstleister. Im umfangreichen ersten Kapitel finden sich allgemeine Vorschriften, Zulassungsbestimmungen, aufsichtsrechtliche Bestimmungen sowie eine Reihe von Ausnahmeregelungen für „Zahlungsinstitute“.⁹⁵⁸ Ohne zwischen den unterschiedlichen Kategorien von Zahlungsanbietern zu differenzieren richtet sich das zweite Kapitel mit einigen gemeinsamen Bestimmungen an alle Zahlungsdienstleister.⁹⁵⁹

Der dritte Titel (Art.30 bis 50) enthält Vorgaben zur Transparenz der Vertragsbedingungen im Zahlungsdienstleister-Zahlungsdienstnutzer-Verhältnis und zu Informationspflichten der Zahlungsdienste. Während Kapitel 1 sich mit allgemeinen Vorschriften wie dem Anwendungsbereich des Titels, dem Verhältnis zu sonstigem Sekundärrecht der Gemeinschaft und Entgelten sowie Beweislast- und Ausnahmeregelungen befasst, finden sich im zweiten Kapitel einige spezielle Bestimmungen über Informationspflichten und Vertragsbestimmungen bei Einzelzahlungen, die nicht Gegenstand eines Rahmenvertrags sind. In Kapitel 3 schließen sich entsprechende Regelungen für die Rahmenverträge zwischen Zahlungsdienstleister und Zahlungsdienstnutzer an. Das vierte Kapitel führt schließlich eine Reihe gemeinsamer Vorschriften auf. Die ausführlichen Bestimmungen zu Vertragstransparenz und Informationspflichten aus Titel III folgen Erwägungsgrund 21 und spiegeln den ausgewiesenen Verbraucherschutzcharakter der Richtlinie wieder.

Titel IV (Art.51 bis 83) trifft Regelungen über die Rechte und Pflichten der Beteiligten bei der Erbringung und Nutzung von Zahlungsdiensten. Kapitel 1 nennt einige gemeinsame Bestimmungen über Anwendungsbereich, Entgelte und bestimmte Ausnahmeregelungen. Kapitel 2 behandelt die Autorisierung von Zahlungsvorgängen und regelt die an eine fehlende Autorisierung geknüpften

⁹⁵³ I.S.v. Art.4 Nr.1 a der Richtlinie 2006/48/EG.

⁹⁵⁴ I.S.v. Art.1 III a der Richtlinie 2006/46/EG.

⁹⁵⁵ Sowohl die Europäische als auch die nationalen Zentralbanken der Mitgliedstaaten, wenn sie nicht in ihrer Eigenschaft als Währungsbehörden arbeiten.

⁹⁵⁶ Vgl. auch Erwägungsgrund 6 ZDR.

⁹⁵⁷ Hierzu gehören insbesondere Bargeldzahlungen, der gewerbsmäßige Transport von Banknoten sowie scheck- und wechselgebundene Zahlungsvorgänge.

⁹⁵⁸ Die Ausnahmeregelungen folgen dem in Erwägungsgrund 10 aufgeführten Ziel der Kategorisierung und Privilegierung solcher Zahlungsdienstleister, die grds. keine Einlagen annehmen, wodurch ihnen weniger Risikopotential innewohnt und sie weniger strengen Sicherheitsbestimmungen zu unterwerfen sind.

⁹⁵⁹ Geregelt werden der Zugang zu Zahlungssystemen und das Verbot der Erbringung von Zahlungsdiensten durch andere Beteiligte als Zahlungsdienstleister.

Haftungsfolgen. Der Missbrauch bargeldloser Zahlungsmittel und seine Haftungsfolgen sind vornehmlich in diesem Kapitel geregelt und werden an späterer Stelle ausführlich dargelegt.⁹⁶⁰ Im dritten Kapitel des vierten Titels schließen sich Bestimmungen über die Ausführung von Zahlungsvorgängen an, wobei die drei Abschnitte dieses Kapitels thematisch unterscheiden zwischen Regelungen über Zahlungsaufträge und transferierte Beträge, Ausführungsfristen und Wertstellungsdatum sowie der allgemeinen Haftung. In Kapitel 4 gestattet Art.79 in bestimmten Fällen die Verarbeitung personenbezogener Daten durch Zahlungssysteme und Zahlungsdienstleister nach Maßgabe der Datenschutzrichtlinie 95/46/EG.⁹⁶¹ Am Ende des vierten Titels finden sich in Kapitel 5 schließlich Bestimmungen über die Einrichtung außergerichtlicher Beschwerde- und Streitbeilegungsverfahren. In Titel V (Art.80 bis 85) wird die Kommission zu einigen Durchführungsmaßnahmen ermächtigt, bei denen sie vom Zahlungsverkehrsausschuss unterstützt werden soll.

Der Hauptteil der Richtlinie endet schließlich mit den Schlussvorschriften im sechsten Titel (Art.86 bis 96), die vor allem eine Reihe inhaltlicher Änderungen der Richtlinien 97/7/EG, 2002/65/EG, 2005/60/EG und 2006/48/EG sowie die Aufhebung der Richtlinie 97/5/EG bestimmen.

B. Die Zuordnung des Drittmisbrauchsrisikos in der Richtlinie

I. Einleitung

Die Richtlinie verzichtet auf ausdrückliche Bestimmungen zur Zuordnung des Missbrauchsrisikos. Allerdings unterstellen die Vorschriften des vierten Titels den von der Richtlinie erfassten Zahlungsvorgängen grundsätzlich die Notwendigkeit einer Autorisierung durch den Berechtigten, indem einige Regelungen besondere Rechtsfolgen an unautorisierte Zahlungen knüpfen. Gerade Missbrauchsvorgänge zeichnen sich durch das Fehlen einer Autorisierung des Berechtigten aus und werden daher als typische Anwendungsfälle von den Art.51 ff. ZDR erfasst.

Die Vorschriften betreffen das Verhältnis zwischen dem Zahler und dem Zahlungsdienstleister. „Zahler“ ist jede natürliche oder juristische Person, die Inhaber eines Zahlungskontos ist und die einen Zahlungsauftrag von diesem Zahlungskonto gestattet, oder – falls kein Zahlungskonto vorhanden ist – eine natürliche oder juristische Person, die den Auftrag für einen Zahlungsvorgang erteilt.⁹⁶² Unter „Zahlungsdienstleister“ sind Rechtssubjekte im Sinne von Art.1 I ZDR zu verstehen⁹⁶³ sowie unter in Art.26 ZDR formulierten besonderen Umständen ausnahmsweise andere natürliche und juristische Personen.⁹⁶⁴

Inhaltlich erstreckt sich der Anwendungsbereich der Haftungsbestimmungen gemäß Art.4 Nr.3 i.V.m. Nr.3, 4 des Anhangs und der Überschrift von Titel IV der Richtlinie⁹⁶⁵ insbesondere auch auf die Ausführung von Lastschriften einschließlich einmaliger Lastschriften, kartengestützte Zahlungsvorgänge sowie Überweisungen einschließlich Daueraufträgen.

Gemäß Art.2 ZDR erfassen die Haftungsregelungen in örtlicher Hinsicht alle Zahlungsvorgänge, die innerhalb der Europäischen Gemeinschaft geleistet werden. Dies gilt jedoch nur, wenn sowohl der Zahlungsdienstleister des Zahlers als auch der Zahlungsdienstleister des Zahlungsempfängers in

⁹⁶⁰ Siehe unten in Kap.3 B.

⁹⁶¹ Richtlinie 95/46/EG des Europäischen Parlaments und des Rats vom 24. Oktober 1995 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten und zum freien Datenverkehr.

⁹⁶² Art.4 Nr.7 ZDR.

⁹⁶³ Siehe oben in Kap.3 A.

⁹⁶⁴ Art.4 Nr.9 ZDR.

⁹⁶⁵ Der Titel trägt die Überschrift: „Rechte und Pflichten bei der Erbringung und Nutzung von Zahlungsdiensten“.

der Gemeinschaft ansässig sind oder – falls sich nur ein einziger Zahlungsdienstleister am Zahlungsvorgang beteiligt – dieser in der Gemeinschaft ansässig ist.

Die einzelnen Zahlungsarten (Überweisung, kartengestützte Zahlungsvorgänge, Lastschriftverfahren) werden in den Haftungsregelungen selbst nicht ausdrücklich voneinander unterschieden. Stattdessen wird in einer Reihe von Bestimmungen als Unterscheidungsmerkmal die Verwendung eines Zahlungsinstruments herangezogen.⁹⁶⁶ Eine besondere Behandlung erfahren darüber hinaus bereits autorisierte Zahlungsvorgänge, die vom oder über den Zahlungsempfänger ausgelöst werden.⁹⁶⁷

Grundsätzlich haben die Vorschriften des vierten Titels der Richtlinie allgemeinen Charakter und sind nicht ausschließlich auf Sachverhalte anwendbar, in denen der Zahlungsdienstnutzer ein Verbraucher ist. Verbraucher werden allerdings mit einem besonderen Schutz bedacht.⁹⁶⁸

II. Grundstruktur der Haftungsrisikoverteilung

Der Haftungsrisikoverteilung zwischen Zahlungsdienstnutzer und Zahlungsdienstleister liegen zwei wesentliche Strukturelemente zugrunde, an welche die Kernbestimmungen der Art.60, 61 und 62 ZDR anknüpfen: Erstens die für einen ordnungsmäßigen Zahlungsvorgang erforderliche Zustimmung des Berechtigten (Autorisierung) und zweitens das Bestehen gegenseitiger Pflichten und Obliegenheiten zwischen Zahlungsdienstleister und Zahlungsdienstnutzer.

1. Autorisierung

Als autorisiert gilt ein Zahlungsvorgang nur, wenn der Zahler dem Zahlungsvorgang entsprechend der rahmenvertraglichen Vereinbarung entweder vor oder nach dessen Ausführung zugestimmt hat (Art.54 I, II ZDR). Das Verfahren für die Erteilung der Zustimmung wird zwischen dem Zahler und dem Zahlungsdienstleister vereinbart (Art.54 IV ZDR) und kann von den Vertragsparteien im Rahmenvertrag frei bestimmt werden.

Besondere Berücksichtigung findet die Verwendung von Zahlungsinstrumenten zur Bewilligung von Zahlungsvorgängen (Art.55, 56, 57 ZDR). Ohne ausdrücklich auf diese Bezug zu nehmen, scheint die Regelung, in Hinblick auf ihre nach derzeitigem technischen Entwicklungsstand überragende praktische Bedeutung im innereuropäischen bargeldlosen Zahlungsverkehr, vornehmlich auf kartengestützte Zahlungen abzielen.⁹⁶⁹ Um eine Beschränkung der Regelungen auf Zahlungskarten vor dem Hintergrund des kontinuierlichen technischen Fortschritts zu vermeiden, wird der Begriff „Zahlungsinstrument“ in Art.4 Nr.23 ZDR jedoch funktionsorientiert definiert⁹⁷⁰ und erfasst weit mehr Medien zur Autorisierung von Zahlungsvorgängen, als der technische Begriff „Zahlungsinstrument“ vermuten lässt. Über Zahlungskarten hinaus, die tatsächlich einen dem Begriff „Instrument“ immanenten physischen Werkzeugcharakter aufweisen, können nach der Begriffsdefinition des Art.4 Nr.23 ZDR auch Verfahrensabläufe „Zahlungsinstrumente“ sein. Entscheidend ist, dass ein Instrument oder Verfahrensablauf „personalisiert“, also einer bestimmten berechtigten Person eindeutig zuzuordnen ist, um bei seiner Verwendung den Rückschluss auf eine Weisung des berechtigten Inhabers zuzulassen. Durch dieses weite Verständnis lassen sich auch das PIN/TAN-

⁹⁶⁶ Vgl. zu der inhaltlich weitreichenden Definition des „Zahlungsinstruments“ im nachfolgenden Gliederungsabschnitt über die Autorisierung eines Zahlungsvorgangs.

⁹⁶⁷ Vgl. Art.62 f. ZDR.

⁹⁶⁸ Siehe unten unter Kap.3 B. III.

⁹⁶⁹ Siehe oben in Kap.1 B.

⁹⁷⁰ Nach der Definition in Art.4 Nr.23 ZDR wird Zahlungsinstrument definiert als „jedes personalisierte Instrument und/oder jede[r] personalisierte Verfahrensablauf, das bzw. der zwischen dem Zahlungsdienstnutzer und dem Zahlungsdienstleister vereinbart wurde und das bzw. der vom Zahlungsdienstnutzer eingesetzt werden kann, um einen Zahlungsauftrag zu erteilen“.

Verfahren sowie auf dem HBCI-Standard basierende Zahlungsvorgänge im *Electronic-Banking* dem Begriff „Zahlungsinstrument“ zuordnen, denn auch diese Verfahrensabläufe sind aufgrund der persönlichen Sicherheitsmerkmale „personalisiert“ i.S.d. Art.4 Nr.23 ZDR. Das beleghafte Überweisungsverfahren und das herkömmliche Lastschriftverfahren erfüllen das Erfordernis der Personalisiertheit hingegen nicht: Zwar erfolgt in beiden Verfahren ebenfalls eine persönliche Autorisierung durch den Berechtigten. Die Verfahren als solche sind aber nicht durch personalisierte, also auf den Berechtigten „persönlich zugeschnittene“ Sicherheitsmerkmale gekennzeichnet. Stattdessen liegt beiden Verfahren eine für alle Zahlungsdienstnutzer identische einheitliche Struktur ohne Personalisierung zugrunde.

2. Pflichten und Obliegenheiten von Zahler und Zahlungsdienstleister

In der Zahlungsdiensterichtlinie sind nur wenige Pflichten von Zahler und Zahlungsdienstleister aufgeführt, die Einfluss auf die Zuordnung des Drittmissbrauchsrisikos haben können. Ohne einen allgemeingültigen Pflichtenkatalog für beide Beteiligten und alle Zahlungsvorgänge bereitzustellen, beschränkt sich die Richtlinie auf die ausdrückliche Nennung von Pflichten in Bezug auf Zahlungsinstrumente.

a. Pflichten des Zahlungsdienstnutzers

Gemäß Art.56 I a) ZDR ist der Zahlungsdienstnutzer bei Verwendung des Zahlungsinstruments zur Beachtung der rahmenvertraglichen Bedingungen für dessen Ausgabe und Nutzung verpflichtet. Ferner hat er dem Zahlungsdienstleister oder der von ihm benannten Stelle gemäß Art.56 I b) ZDR unverzüglich nach Kenntnisnahme den Verlust oder Diebstahl sowie die missbräuchliche Verwendung oder eine sonstige nicht autorisierte Nutzung des Zahlungsinstruments unverzüglich anzuzeigen. Außerdem muss der Zahlungsdienstnutzer gemäß Art.56 II ZDR unbeschadet der Regelung des Art.56 I a) ZDR unmittelbar nach Erhalt eines Zahlungsinstruments alle zumutbaren Vorkehrungen treffen, um die personalisierten Sicherheitsmerkmale⁹⁷¹ vor unbefugtem Zugriff zu schützen.

Hervorzuheben ist, dass sich der europäische Gesetzgeber gegen die Festlegung eines abschließenden *numerus clausus* der Sorgfaltspflichten des Zahlungsdienstnutzers entschieden hat. Stattdessen lässt er durch Art.56 I a) ZDR die individuelle Ausgestaltung des Rahmenvertrags samt vertraglichen Pflichten zu, die in der Praxis einseitig vom Zahlungsdienstleister ausgeht.

b. Pflichten des Zahlungsdienstleisters

Die Pflichten des Zahlungsdienstleisters in Bezug auf Zahlungsinstrumente ergeben sich aus Art.57 ZDR. Zunächst hat er sicherzustellen, dass die personalisierten Sicherheitsmerkmale des Zahlungsinstruments keiner anderen Person als dem zur Nutzung des Zahlungsinstruments berechtigten Zahlungsdienstnutzer zugänglich sind (Art.57 I a) ZDR). Diese Vorschrift erfasst vornehmlich die Zustellung der personalisierten Sicherheitsmerkmale an den Zahlungsdienstnutzer. Sie beschränkt sich nach ihrem Wortlaut jedoch nicht auf den Akt der Zustellung. Vielmehr muss der Zahlungsdienstleister ebenso wie der Zahler während der gesamten Dauer der Gültigkeit der Sicherheitsmerkmale alle notwendigen Maßnahmen ergreifen, um die personalisierten Sicherheitsmerkmale vor Kenntnisnahme durch Dritte zu schützen. Er hat insofern eine Systemsicherheit zu gewährleis-

⁹⁷¹ Z.B. PIN/TAN; wohl aber auch die Zahlungskarte selbst, wenn sie mit einer Unterschrift des Karteninhabers versehen ist, die dem Vertragsunternehmen zur Verifikation der Berechtigung des Verwenders der Karte dient (z.B. bei der Kreditkartenzahlung ohne Eingabe der PIN, bei der sich der Zahlungsempfänger zur Überprüfung der Berechtigung des Verwenders ausschließlich auf den Abgleich der Unterschriften auf dem Kassenbeleg und der Karte beschränkt).

ten, die zumindest solange die unbefugte Verwendung der Sicherheitsmerkmale verhindert, wie der Zahlungsdienstnutzer den gebotenen Sorgfaltsanforderungen genügt.⁹⁷²

Ferner darf der Zahlungsdienstleister dem Nutzer nicht unaufgefordert ein Zahlungsinstrument zusenden, sofern nicht ein bereits an den Zahlungsdienstnutzer ausgegebenes Zahlungsinstrument ersetzt werden muss (Art.57 I b) ZDR).

Der Zahlungsdienstleister muss sicherstellen, dass der Zahlungsdienstnutzer durch geeignete Mittel jederzeit die Möglichkeit hat, eine Anzeige im Sinne des Art.56 I b) ZDR vorzunehmen oder die Aufhebung der Sperrung gemäß Art.55 IV ZDR zu beantragen; er hat dem Zahlungsdienstnutzer die Mittel zur Verfügung zu stellen, mit denen er bis zu 18 Monate nach der Anzeige beweisen kann, dass er seiner Anzeigepflicht nachgekommen ist (Art.57 I c) ZDR).

Schließlich hat der Zahlungsdienstleister jede Nutzung des Zahlungsinstruments zu verhindern, sobald eine Anzeige nach Art.56 I b ZDR erfolgt ist.

c. Obliegenheit des Zahlungsdienstnutzers zur Mitteilung defektbehafteter Zahlungsvorgänge

Den Zahlungsdienstnutzer trifft nach Art.58 ZDR die Obliegenheit, nach Feststellung eines nicht autorisierten oder fehlerhaft ausgeführten Zahlungsvorgangs den Zahlungsdienstleister hiervon unverzüglich zu unterrichten. Spätestens hat die Meldung 13 Monate nach dem Zahlungsvorgang zu erfolgen. Diese Obliegenheit des Zahlungsdienstnutzers gilt nicht, wenn der Zahlungsdienstleister die Angaben nach Maßgabe des Titels III zu dem betreffenden Zahlungsvorgang nicht mitgeteilt oder zugänglich gemacht hat.⁹⁷³ Verstößt der Zahlungsdienstnutzer gegen die Obliegenheit, ist sein Korrekturanspruch gegenüber dem Zahlungsdienstleister zur Berichtigung des unautorisierten oder fehlerhaft ausgeführten Zahlungsvorgangs präkludiert. Wegen mangelnder Kenntnis über den Missbrauchstäter wird der Zahlungsdienstnutzer sich in vielen Fällen dann nicht mehr schadlos halten können.

Anders als die zuvor genannten beiderseitigen Pflichten von Zahlungsdienstnutzer und Zahlungsdienstleister betrifft die Obliegenheit des Art.58 ZDR nicht nur mittels Zahlungsinstrumenten vorgenommene, sondern alle von der Richtlinie erfassten Zahlungsvorgänge.

3. Die zentralen Haftungsregelungen im Einzelnen

Für die Zuordnung des Missbrauchsrisikos sind drei Normen der Richtlinie von zentraler Bedeutung: Ohne nach verschiedenen Zahlungsarten zu unterscheiden, legt Art.60 ZDR einen generellen Haftungsgrundsatz für unautorisierte Zahlungen fest, der in Art.61 ZDR für die unautorisierte Nutzung eines Zahlungsinstruments modifiziert wird. Art.62 ZDR trifft darüber hinaus spezielle Regelungen für vom oder über den Zahlungsempfänger ausgelöste Zahlungsvorgänge.

a. Der Haftungsgrundsatz des Art.60 ZDR

Art.60 I ZDR konstituiert den Grundsatz, dass der Zahlungsdienstleister dem Zahlungsdienstnutzer jede nicht autorisierte Zahlung unverzüglich erstattet und gegebenenfalls ein belastetes Zahlungskonto wieder auf den Stand bringt, auf dem es sich ohne den nicht autorisierten Zahlungsvorgang befunden hätte. Dies gilt jedoch nur, wenn der Zahlungsdienstnutzer seiner Obliegenheit zur unverzüglichen Anzeige nach Feststellung eines unautorisierten oder fehlerhaften Zahlungsvorgangs nach

⁹⁷² Für dieses Verständnis spricht auch Erwägungsgrund Nr.32 a.E.

⁹⁷³ Titel III ZDR betrifft die Transparenz von Vertragsbedingungen und Informationspflichten für Zahlungsdienste. Relevant im Kontext des Art.58 sind vornehmlich Art.35 bis Art.38, welche die Informationspflichten des Zahlungsdienstleisters gegenüber dem Zahler in Bezug auf Einzelzahlungen betreffen.

Art.58 ZDR nachgekommen ist.⁹⁷⁴ Sofern die Richtlinie keine abweichenden Regelungen trifft, trägt somit der Zahlungsdienstleister den Missbrauchsschaden.

Art.60 II ZDR bestimmt zudem, dass eine „darüber hinausgehende finanzielle Entschädigung [...] nach dem auf den Vertrag zwischen dem Zahler und seinem Zahlungsdienstleister anwendbaren Recht festgelegt werden [kann]“. Unzweifelhaft zulässig sind nach dieser Vorschrift solche Bestimmungen des nationalen Rechts, die zugunsten des Zahlungsdienstnutzers über den Zahlungsbetrag hinausgehende, zusätzliche Entschädigungen vorsehen (z.B. für durch den zwischenzeitlichen Liquiditätsverlust des Zahlers verursachte Folgeschäden). Unzulässig sind hingegen mitgliedstaatliche Regelungen über eine Entschädigung des Zahlungsdienstleisters zulasten des Zahlungsdienstnutzers. Der Blick auf Erwägungsgrund 31 der Richtlinie lässt zwar zunächst die Vermutung zu, auch den Zahlungsbetrag nicht betreffende Schadensersatzansprüche des Zahlungsdienstleisters gegen den Nutzer könnten nach mitgliedstaatlichem Recht vom Haftungsgrundsatz des Art.60 I ZDR unberührt bleiben.⁹⁷⁵ Dieser Auslegung steht allerdings der Wortlaut des Art.60 II ZDR im Kontext der gesamten Vorschrift entgegen: Durch die Formulierung „darüber hinausgehend“ bezieht sich der Absatz ausschließlich auf die in Art.60 I ZDR bezeichneten Ansprüche mit Zahlungsflüssen vom Zahlungsdienstleister an den Zahlungsdienstnutzer. Art.60 II ZDR erklärt folglich nur solche Bestimmungen für zulässig, die den Zahlungsdienstnutzer begünstigen.

Es gilt also der Grundsatz, dass im Verhältnis zwischen Zahlungsdienstleister und Zahlungsdienstnutzer unabhängig vom Verhalten des Zahlungsdienstnutzers zunächst allein der Zahlungsdienstleister das Haftungsrisiko für missbräuchliche Zahlungsvorgänge trägt.

Die spezielle Bestimmung des Art.57 II ZDR ordnet außerdem das Risiko der Versendung eines Zahlungsinstruments dem Zahlungsdienstleister zu. Eine Legaldefinition des Begriffs „Versendungsrisiko“ findet sich in der Zahlungsdiensterichtlinie allerdings nicht. In Ermangelung näherer inhaltlicher Präzisierungen hat der Zahlungsdienstleister wegen des weit gefassten Wortlauts der Bestimmung grundsätzlich alle durch Störungen während der Versendung entstehenden Kosten zu tragen. Hierzu zählen auch Missbrauchsschäden, die durch den Verlust oder Diebstahl der versendeten Medien entstehen. Grundgedanke für die Zuweisung des Versendungsrisikos zum Zahlungsdienstleister ist, dass die Versendung von Zahlungsinstrumenten oder persönlichen Sicherheitsmerkmalen in der Regel ausschließlich seiner Einflussosphäre entspringt und auftretende Störungen deshalb üblicherweise nicht vom Zahlungsdienstnutzer ausgehen können. Sollte der Zahlungsdienstnutzer allerdings durch eigenes Verhalten die unautorisierte Zahlung und die mit ihr einhergehenden Schäden verursachen, müssen ergänzend zu Art.57 II ZDR die Regelungen über die Haftung des Zahlungsdienstnutzers bei nicht autorisierter Nutzung eines Zahlungsinstruments gelten. In Hinblick auf Missbrauchsschäden hat Art.57 II ZDR insofern keinen selbständigen konstitutiven Charakter, sondern entspricht den Haftungsregelungen des Art.60 f. ZDR.

b. Haftung des Zahlers bei nicht autorisierter Nutzung eines Zahlungsinstruments

Wurde ein Zahlungsvorgang durch unautorisierte Verwendung eines Zahlungsinstruments ausgelöst, wird der Grundsatz der vollen Haftung des Zahlungsdienstleisters durch die Regelungen des Art.61 ZDR durchbrochen. Zunächst weist Abs.1 der Bestimmung dem Zahlungsdienstnutzer in zwei konkret genannten Sachlagen eine auf bis zu 150 Euro begrenzte Haftung zu: erstens bei Schäden, die infolge der Nutzung eines verlorenen oder gestohlenen Zahlungsinstruments entste-

⁹⁷⁴ Vgl. ausf. zum Inhalt dieser Obliegenheit oben in Kap.3 B. II. 2. c.

⁹⁷⁵ Erwägungsgrund 31 ZDR a.E.: „Diese Richtlinie sollte *andere* Ansprüche zwischen Zahlungsdienstnutzern und Zahlungsdienstleistern nicht berühren“.

hen, und zweitens bei Schäden, die infolge unsicherer Aufbewahrung der personalisierten Sicherheitsmerkmale durch den Zahlungsdienstnutzer auftreten. Verschulden erfordert – zumindest explizit – keine der beiden Fallvarianten.⁹⁷⁶ Dennoch unterscheiden sich die verschiedenen Varianten auch strukturell voneinander, indem ihnen unterschiedlich stark ausgeprägte verhaltensgesteuerte Haftungselemente innewohnen: Während der Diebstahl eines Zahlungsinstruments sich häufig vom Diebstahlsopfer kaum oder gar nicht steuern lässt, wird der Verlust eines Zahlungsinstruments nicht selten auf bestimmtes (schuldhaftes) Verhalten des Inhabers zurückzuführen sein. Die unsichere Aufbewahrung von Sicherheitsmerkmalen ohne eigenes und häufig schuldhaftes Verhalten ist in der Praxis demgegenüber die Ausnahme.

Gemäß Art.61 II ZDR trägt der Zahlungsdienstnutzer alle Schäden aus nicht autorisierten Zahlungsvorgängen, die er durch betrügerische Absicht oder die grob fahrlässige oder vorsätzliche Verletzung einer Pflicht aus Art.56 ZDR verursacht hat. Obgleich sich diese Regelung nach ihrem Wortlaut nicht auf Zahlungen unter Verwendung eines Zahlungsinstruments beschränkt, betrifft sie aufgrund ihrer systematischen Stellung unter der Überschrift „Haftung des Zahlers bei nicht autorisierter Nutzung des Zahlungsinstruments“ nur solche Zahlungsvorgänge. Neben der konstitutiven Haftungszuweisung des Zahlungsdienstnutzers bei betrügerischer Absicht bzw. Vorsatz und grober Fahrlässigkeit folgt aus der Regelung auch eine haftungslimitierende Wirkung: Voll und in Höhe von über 150 Euro haftet der Zahlungsdienstnutzer nur, wenn er unter Überschreitung der Grenze zur groben Fahrlässigkeit eine Sorgfaltspflicht im Sinne des Art.56 ZDR verletzt oder in betrügerischer Absicht handelt. Die Bestimmung von fahrlässigem Verhalten und dem Fahrlässigkeitsgrad bestimmt sich nach mitgliedstaatlichem Recht.⁹⁷⁷

Nach Anzeige im Sinne von Art.56 I b) ZDR ist die Haftung des Zahlungsdienstnutzers gemäß Art.61 IV ZDR ausgeschlossen, sofern er nicht in betrügerischer Absicht handelte.

Ferner scheidet die Haftung des Zahlungsdienstnutzers gemäß Art.61 V ZDR aus, wenn der Zahlungsdienstleister seiner Pflicht nach Art.57 I c) ZDR nicht nachkommt, derzufolge er dem Zahlungsdienstnutzer durch geeignete Mittel die Möglichkeit zu geben hat, jederzeit den Verlust, Diebstahl oder die missbräuchliche Verwendung eines Zahlungsinstruments anzuzeigen. Auch dieser Haftungsausschluss gilt nicht bei betrügerischer Absicht des Zahlungsdienstnutzers.

c. Fristen für die Durchsetzung der Ansprüche

In den Vorschriften der Richtlinie selbst sind keine ausdrücklichen Fristen für die Durchsetzung der gegenseitigen Ansprüche zwischen Zahlungsdienstleister und Zahlungsdienstnutzer vorgesehen. Allerdings führt Erwägungsgrund 31 aus, dass der Zahlungsdienstnutzer bei Einhaltung der Anzeigefrist seine Erstattungsansprüche aus Art.60 ZDR innerhalb der nach einzelstaatlichem Recht geltenden Verjährungszeiträume geltend machen können soll. Mangels abweichender Regelungen in den Erwägungsgründen oder im Hauptteil der Richtlinie gilt Entsprechendes für die Ansprüche des Zahlungsdienstleisters gegen den Zahlungsdienstnutzer.

d. Die Erstattung eines von einem oder über einen Zahlungsempfänger ausgelösten Zahlungsvorgangs

Gemäß Art.62 I ZDR gelten besondere Regelungen für solche Zahlungsvorgänge, die zwar vom Zahlungsdienstnutzer autorisiert wurden, jedoch von oder über einen Zahlungsempfänger ausgelöst

⁹⁷⁶ Freilich lässt sich diese Verschuldensunabhängigkeit im Einklang mit Art.61 III ZDR zugunsten des Zahlungsdienstnutzers ausräumen, indem die Haftung in der nationalen Umsetzungsregelung von seinem Verschulden abhängig gemacht wird.

⁹⁷⁷ Vgl. Erwägungsgrund 33 ZDR.

werden. Der Zahlungsdienstnutzer hat gegenüber dem Zahlungsdienstleister einen Erstattungsanspruch, sofern zwei Voraussetzungen erfüllt sind: Erstens darf der genaue Betrag des konkreten Zahlungsvorgangs gemäß Art.62 I a) ZDR bei der Autorisierung nicht angegeben worden sein und zweitens muss der Zahlungsvorgang nach Art.62 I b) ZDR den Betrag übersteigen, den der Zahler entsprechend seinem bisherigen Ausgabeverhalten, den Bedingungen seines Rahmenvertrags und den jeweiligen Umständen des Einzelfalls vernünftigerweise hätte erwarten dürfen. Entspricht der Betrag nicht den legitimen Erwartungen des Zahlungsdienstnutzers, kann dieser gegenüber dem Zahlungsdienstleister Rückerstattung des Zahlungsbetrags verlangen.⁹⁷⁸

Hervorzuheben ist, dass die Regelung nach dem Wortlaut von Art.62 I ZDR lediglich autorisierte Zahlungsvorgänge erfasst. Sie bezieht sich vornehmlich auf Sachverhalte, in denen der Zahlungsdienstleister aufgrund eines Rahmenvertrags,⁹⁷⁹ wie etwa dem Abbuchungsauftrag, bei Eingang einer Zahlungsanweisung zur Belastung des Zahlerkontos ermächtigt ist. Die Haftung für unautorisierte vom oder über den Zahlungsempfänger ausgelöste Zahlungsvorgänge richtet sich deshalb nach Art.60, 61 ZDR.

Die in den Anwendungsbereich des Art.62 ZDR fallenden Missbrauchssachverhalte sind sehr begrenzt: Nur wenn der Zahlungsempfänger einen Zahlungsvorgang einleitet, der zwar vom Rahmenvertrag erfasst ist und daher als autorisiert gilt, für den es im Verhältnis zwischen Zahler und Zahlungsempfänger jedoch keine legitime Grundlage gibt, ist auf Art.62 ZDR zurückzugreifen. Entscheidend für die Missbrauchsriskoverteilung ist dann, ob die anspruchsbegründenden Voraussetzungen des Art.62 I ZDR erfüllt sind und der Zahlungsdienstnutzer gegen den Zahlungsdienstleister einen Erstattungsanspruch geltend machen kann oder nicht.

Macht der Zahlungsdienstnutzer vom Erstattungsrecht Gebrauch, hat er dem Zahlungsdienstleister auf dessen Verlangen die Sachumstände bezüglich der anspruchsbegründenden Voraussetzungen darzulegen (Art.62 I UA 1 ZDR).

Der Zahler kann die Rückerstattung innerhalb von acht Wochen ab dem Zeitpunkt der Belastung verlangen (Art.63 I ZDR). Der Zahlungsdienstleister ist nach Erhalt des Erstattungsverlangens verpflichtet, dem Zahler innerhalb von zehn Geschäftstagen entweder den vollständigen Betrag zu erstatten oder ihm die Gründe für eine Ablehnung unter Hinweis auf die zuständige behördliche Stelle mitzuteilen, an die sich der Zahler nach Art.80 ff. ZDR wenden kann, wenn er die Begründung nicht akzeptiert (Art.63 II UA 1 ZDR).

III. Abdingbarkeit der Vorschriften durch die Vertragsparteien

In einem Umkehrschluss aus Art.51 I, 53, 62 I UA 1 ZDR folgt der Grundsatz vertraglicher Unabdingbarkeit der Haftungsbestimmungen. In diesen Regelungen werden einzelne Konstellationen genannt, in denen vertragliche Abweichungen von der Haftungsordnung der Richtlinie für zulässig erklärt werden. Konsequenterweise können die Haftungsregelungen in allen übrigen Sachlagen weder durch Zahlungsdienstnutzer noch durch Zahlungsdienstleister vertraglich abbedungen werden. Zudem gebietet der gemeinschaftsrechtliche *effet utile*, dass Gemeinschaftsrecht stets dergestalt auszulegen ist, dass seine volle Wirksamkeit gewährleistet ist.⁹⁸⁰ Vor diesem Hintergrund muss den Richtlinienregelungen unbedingt zwindender Charakter innewohnen, denn andernfalls ließen sie

⁹⁷⁸ Zu berücksichtigen ist die Zulässigkeit abweichender Parteivereinbarungen i.R.d. Art.61 I UA 3 und Abs.3 (siehe unten in Kap.3 B. III.).

⁹⁷⁹ „Rahmenvertrag“ ist in den Begriffsbestimmungen des Art.4 in Nr.12 definiert als „Zahlungsdienstvertrag, der die zukünftige Ausführung einzelner und aufeinander folgender Zahlungsvorgänge regelt und die Verpflichtung zur Einrichtung eines Zahlungskontos und die entsprechenden Bedingung enthalten kann“.

⁹⁸⁰ M.w.N. Grabitz/Hilf-Pernice/Mayer, Das Recht der Europäischen Union, EGV Art.220 Rn.46.

sich insbesondere vom Zahlungsdienstleister systematisch durch abweichende Regelungen in den allgemeinen Geschäftsbedingungen umgehen und ihrer praktischen Wirksamkeit berauben.⁹⁸¹ Gestützt wird der Grundsatz der Unabdingbarkeit zudem durch Erwägungsgrund 20 der Zahlungsrichtlinie, demzufolge die wirksame Durchsetzung der Verbraucherrechte die vertragliche Unabdingbarkeit der Richtlinienvorschriften verlangt.

Gemäß Art.51 I ZDR ist eine Reihe von Haftungsbestimmungen in Nicht-Verbraucherverträgen⁹⁸² vertraglich abdingbar: Hierzu gehören die Regelung, dass ein Zahlungsvorgang ohne entsprechende Zustimmung durch den Zahler als unautorisiert gilt (Art.54 II S.2 ZDR), der Nachweis über die Authentifizierung und Ausführung von Zahlungsvorgängen nach Art.59 ZDR, der Haftungsgrundsatz des Art.61 ZDR, die Bestimmungen der Art.62, 63 ZDR über die Erstattung eines von einem oder über einen Zahlungsempfänger ausgelösten Zahlungsvorgangs sowie die in Art.58 ZDR festgelegte Frist, innerhalb welcher der Zahlungsdienstnutzer gegenüber dem Zahlungsdienstleister Anzeige über einen nicht autorisierten Zahlungsvorgang zu erstatten hat.

Unabhängig vom Vorliegen eines Verbrauchervertrags erklärt Art.53 ZDR zudem bestimmte von den Haftungsregelungen abweichende Ausnahmeregelungen für Kleinstbetragszahlungsinstrumente⁹⁸³ und elektronisches Geld für zulässig.

Für Lastschriften können Zahler und Zahlungsdienstleister gemäß Art.62 I UA 3 ZDR im Rahmenvertrag vereinbaren, dass der Zahler abweichend von Art.62 I UA 1 ZDR auch dann einen Erstattungsanspruch gegen den Zahlungsdienstleister hat, wenn die Voraussetzungen für eine Rückerstattung nach dieser Vorschrift nicht erfüllt sind.

Schließlich können die Vertragsparteien gemäß Art.62 III ZDR festlegen, dass der Zahler keinen Anspruch auf Erstattung hat, wenn er seine Zustimmung zur Durchführung des Zahlungsvorgangs unmittelbar seinem Zahlungsdienstleister (und nicht dem Zahlungsempfänger) gegeben hat und ihm die Informationen über den anstehenden Zahlungsvorgang in einer vereinbarten Form mindestens vier Wochen vor dem Fälligkeitstermin vom Zahlungsdienstleister oder vom Zahlungsempfänger mitgeteilt oder zugänglich gemacht wurden.

IV. Explizite Umsetzungsspielräume der Mitgliedstaaten

In einigen Bestimmungen formuliert die Richtlinie ausdrücklich Umsetzungsspielräume der Mitgliedstaaten bei der Inkorporierung der Haftungsregelungen in nationales Recht:

1. Kleinstunternehmen

Gemäß Art.51 III ZDR steht es den Mitgliedstaaten frei, die Bestimmungen des vierten Titels der Richtlinie auf Kleinstunternehmen⁹⁸⁴ in gleicher Weise anzuwenden wie auf Verbraucher.

2. Innerstaatliche Zahlungsvorgänge unter Verwendung von Kleinstbezahlungsinstrumenten

Für rein innerstaatliche, also nicht grenzüberschreitende Zahlungsvorgänge können die Mitgliedstaaten gemäß Art.53 II ZDR die in der Richtlinie festgelegten Höchstgrenzen für das Eingreifen

⁹⁸¹ Bestätigt wird die Unabdingbarkeit der Haftungsregelungen durch Erwägungsgrund 20 ZDR.

⁹⁸² Vgl. zum Verbraucherbegriff der Richtlinie die Legaldefinition des Art.4 Nr.11 ZDR.

⁹⁸³ Zu verstehen sind hierunter gem. Art.53 I ZDR Zahlungsinstrumente, die gemäß dem Rahmenvertrag nur einzelne Zahlungsvorgänge bis höchstens 30 Euro betreffen oder die entweder eine Ausgabenobergrenze von 150 Euro haben oder Geldbeträge speichern, die zu keiner Zeit 150 Euro übersteigen.

⁹⁸⁴ „Kleinstunternehmen“ ist gem. Art.4 Nr.26 jedes Unternehmen, das bei Abschluss des Zahlungsdienstvertrags ein Unternehmen i.S.v. Art.1 und Art.2 I, III des Anhangs der Empfehlung 2003/361/EG ist, also weniger als 10 Personen beschäftigt und dessen Jahresumsatz bzw. Jahresbilanz 2 Mio. Euro nicht überschreitet.

der Ausnahmeregelung für Kleinstbezahlungsinstrumente (Art.53 I ZDR) verringern oder verdoppeln. Für Zahlungsinstrumente auf Guthabenbasis können diese Beträge auf bis zu 500 EUR erhöht werden.

3. Herabsetzung der Haftung des Zahlers bei unautorisierter Nutzung des Zahlungsinstruments

Wird ein Zahlungsinstrument unautorisiert verwendet, ohne dass der Zahlungsdienstnutzer in betrügerischer Absicht handelte oder vorsätzlich eine Pflicht aus Art.56 ZDR verletzte, dürfen die Mitgliedstaaten gemäß Art.61 III ZDR die Haftung des Zahlungsdienstnutzers herabsetzen. Gewährleistet werden soll durch diese Umsetzungsoption die Beibehaltung bestehender mitgliedstaatlicher Regelungen, denen ein höheres Verbraucherschutzniveau innewohnt als den Richtlinienbestimmungen.⁹⁸⁵ Den nationalen Gesetzgebern wird dabei aufgetragen, insbesondere die Art der Sicherheitsmerkmale sowie die Umstände des Einzelfalls, unter denen der Verlust, der Diebstahl oder die missbräuchliche Verwendung des Zahlungsinstruments stattgefunden hat, zu berücksichtigen. Wegen ihres unbestimmten Wortlauts eröffnet die Vorschrift dem nationalen Gesetzgeber einen weiten Umsetzungsspielraum, der zahlreiche unterschiedliche Varianten zur Herabsetzung der Haftung des Zahlungsdienstnutzers zulässt.

V. Beweislastregelungen

1. Beweisführung über die Autorisierung des Zahlungsvorgangs durch den Zahlungsdienstnutzer

Bestreitet ein Zahlungsdienstnutzer die Autorisierung eines ausgeführten Zahlungsvorgangs oder macht er geltend, der Zahlungsvorgang sei nicht ordnungsgemäß durchgeführt worden, hat der Zahlungsdienstleister nachzuweisen, dass der Zahlungsvorgang authentifiziert war und ordnungsgemäß aufgezeichnet und verbucht und nicht durch einen technischen Zusammenbruch oder eine „andere Panne“ beeinträchtigt wurde (Art.59 I ZDR). Die Beweisführung über die Autorisierung eines Zahlungsvorgangs gilt insofern als erbracht, wenn der Zahlungsdienstleister diese vier Umstände nachgewiesen hat. Art.60 ff. ZDR greifen bei erfolgreicher Beweisführung des Zahlungsdienstleisters nicht ein, sodass der Zahlungsdienstnutzer vom Zahlungsdienstleister keine Erstattung des Zahlungsbetrags verlangen und sich diesem gegenüber nicht schadlos halten kann.⁹⁸⁶ Könnte der Zahlungsdienstleister in der Prozesspraxis auch bei Drittmissbrauch den Autorisierungsbeweis erbringen, hätte der Zahlungsdienstnutzer gegebenenfalls in Abweichung von der materiell-rechtlichen Lösung der Art.60 ff. ZDR den Missbrauchsschaden zu tragen.

Ausgeschlossen ist dies nur, wenn dem Zahlungsdienstleister bei Drittmissbrauch die Beweisführung über einen oder mehrere der vier für den Autorisierungsbeweis erforderlichen Umstände regelmäßig unmöglich ist.

„Authentifizierung“ ist in Art.4 Nr.19 ZDR legaldefiniert als „Verfahren, mit dessen Hilfe der Zahlungsdienstleister die Nutzung eines bestimmten Zahlungsinstruments, einschließlich seiner personalisierten Sicherheitsmerkmale, überprüfen kann“. Verwendet der Missbrauchstäter das Originalzahlungsinstrument samt personalisierten Sicherheitsmerkmalen, kann der Zahlungsdienstleister auch bei Missbrauch deren Verwendung überprüfen und hierüber Beweis führen. Die Beweisfüh-

⁹⁸⁵ Vgl. Erwägungsgrund Nr.34 ZDR.

⁹⁸⁶ Vgl. Art.54 II UA II i.V.m. Art.60 f. ZDR.

rung über eine erfolgte Authentifizierung eignet sich folglich nicht, um die Anwendung der Art.60 ff. ZDR bei tatsächlich erfolgtem Missbrauch in der Prozesspraxis zu gewährleisten.

Unvereinbar könnte Drittmissbrauch allerdings mit einer ordnungsmäßigen Aufzeichnung und Verbuchung des betroffenen Zahlungsvorgangs sein. Erforderlich für die Ordnungsmäßigkeit von Aufzeichnung und Verbuchung könnte nämlich sein, dass der Zahlungsvorgang mit Zustimmung des Zahlungsdienstnutzers erfolgt. Hierfür spricht, dass nur störungsfreie Aufzeichnungs- und Verbuchungsvorgänge dem vorgesehenen Ablauf entsprechen, also tatsächlich „ordnungsgemäß“ sind. Stört ein Missbrauch diesen Ablauf, entsprechen weder Aufzeichnung noch Verbuchung der vorgesehenen „Ordnung“. Ferner entspricht nur diese Lösung dem Art.54 II ZDR, der die Zustimmung des Zahlungsdienstnutzers zum Zahlungsvorgang als zentrale Voraussetzung der Autorisierung versteht. Ist die Zustimmung des Zahlungsdienstnutzers für die Autorisierung eines Zahlungsvorgangs materiell-rechtlich erforderlich, muss sie auch von der Beweisführung erfasst sein. Ein Zahlungsvorgang kann also nur dann als ordnungsgemäß aufgezeichnet und verbucht gelten, wenn der Zahlungsdienstnutzer ihm tatsächlich zugestimmt hat. Im Rahmen der Beweisführung über die Ordnungsgemäßheit von Aufzeichnung und Verbuchung eines Zahlungsvorgangs hat der Zahlungsdienstleister folglich auch über die tatsächliche Zustimmung des Zahlungsdienstnutzers Beweis zu erbringen. Nur diese Lösung entspricht auch Art.59 II ZDR, dessen Wortlaut im Umkehrschluss dem Zahlungsdienstleister die Beweisführung über die zahlungsdienstnutzerseitige Autorisierung einer Zahlungstransaktion zuweist. Bei missbräuchlicher Auslösung eines Zahlungsvorgangs durch einen Dritten fehlt diese Zustimmung des Zahlungsdienstnutzers typischerweise, sodass die Beweisführung über eine ordnungsgemäße Aufzeichnung und Verbuchung entsprechend der materiellen Rechtslage regelmäßig ausgeschlossen sein muss.⁹⁸⁷

Darüber hinaus könnte Missbrauch einen Zahlungsvorgang regelmäßig als „andere Panne“ gemäß Art.59 I ZDR beeinträchtigen, sodass der Zahlungsdienstleister regelmäßig Beweis darüber zu führen hätte, dass nicht Missbrauch Grundlage eines Zahlungsvorgangs war. Gerade im Zusammenspiel mit dem beispielhaft in der Bestimmung genannten Unterfall einer „Panne“, dem technischen Zusammenbruch, scheint die Regelung jedoch eher auf technische Störungen abzielen. Beim Missbrauch führt jedoch keine technische Störung zur fehlenden Autorisierung, sondern das illegitime Eingreifen einer dritten Person. In Ermangelung einer Legaldefinition des Begriffs „Panne“ ist die Qualifizierung von Missbrauch als „Panne“ im Sinne der Vorschrift jedoch durchaus vertretbar. Im Ergebnis lässt sich festhalten: Zum Nachweis der Autorisierung eines Zahlungsvorgangs hat der Zahlungsdienstleister Beweis zu führen über die Ordnungsmäßigkeit eines Zahlungsvorgangs. Diese setzt voraus, dass dem betroffenen Zahlungsvorgang kein Drittmissbrauch zugrunde liegt, sodass sich die Beweislast des Zahlungsdienstleisters auch auf dessen Nichtvorliegen erstreckt. In der Praxis scheidet der Nachweis der Autorisierung bei isolierter Betrachtung des Art.59 I ZDR deshalb bei tatsächlich erfolgtem Drittmissbrauch idealerweise wegen Unerbringbarkeit der Beweisführung über die Ordnungsmäßigkeit von Aufzeichnung und Verbuchung des betroffenen Zahlungsvorgangs aus.

2. Der Beweiswert der Aufzeichnungen über die Nutzung eines Zahlungsinstruments

Gemäß Art.59 II ZDR reicht die vom Zahlungsdienstleister aufgezeichnete Nutzung eines Zahlungsinstruments als solche *nicht notwendigerweise* aus, um nachzuweisen, dass der Zahler entweder den Zahlungsvorgang autorisiert, in betrügerischer Absicht gehandelt oder eine bzw. mehrere seiner Pflichten nach Art.56 ZDR vorsätzlich oder grob fahrlässig verletzt hat. Im Umkehrschluss

⁹⁸⁷ Zu berücksichtigen ist freilich die Möglichkeit von Beweiserleichterungen gem. Art.59 II ZDR.

muss der Zahlungsdienstleister grundsätzlich nicht nur Beweis über die Autorisierung, sondern gegebenenfalls auch über die Voraussetzungen des Art.61 II ZDR erbringen, um sich gegenüber dem Zahlungsdienstnutzer schadlos zu halten. Die Aufzeichnung der Verwendung des Zahlungsinstruments reichen weder für die Beweisführung über die Autorisierung noch über die Voraussetzungen für eine volle Haftung des Zahlungsdienstnutzers *notwendigerweise* aus. Die Mitgliedstaaten können also in Umsetzung der Richtlinie insbesondere bestimmen, dass die Nutzungsaufzeichnung gewisser, vornehmlich dem Zahler besonders sicher zuordenbarer Zahlungsinstrumente (etwa solche auf Grundlage elektronischer Signaturen oder biometrischer Verfahren)⁹⁸⁸ gleichwohl ausreichend für die Beweisführung sein können.

C. Eine wertende Untersuchung der Haftungsregelungen

I. Einleitung

1. Die Zielvorgaben der Erwägungsgründe als Bewertungsgrundlage

Denkbar als Grundlage für eine wertende Untersuchung der Haftungsordnung der Zahlungsdiensterichtlinie sind zahlreiche unterschiedliche Bewertungsparameter. Um dem europäischen Kontext des Themas Ausdruck zu verleihen, orientieren sich die nachfolgenden Ausführungen an der Intention des Gemeinschaftsgesetzgebers bei der Schaffung der Richtlinienbestimmungen. Diese manifestiert sich in ihren wesentlichen Zügen in den Erwägungsgründen der Zahlungsdiensterichtlinie. Zu untersuchen ist deshalb, ob und inwieweit die aus den Erwägungsgründen hervorgehenden Steuerungsziele durch die Haftungsordnung der Richtlinie tatsächlich erreicht werden. Zu berücksichtigen sind dabei die naturgegebenen Grenzen des Steuerungspotentials von Haftungsregelungen generell. Auch sind die Haftungsbestimmungen der Richtlinie weder tauglich noch dazu bestimmt, alle in den Erwägungsgründen aufgeführten Ziele zu fördern oder gar vollumfänglich zu verwirklichen. Zumindest einige der aus den Erwägungsgründen hervorgehenden Zielvorgaben lassen sich durch Haftungsregelungen jedoch steuern: Hierzu gehören insbesondere die Verbesserung von Rechtssicherheit⁹⁸⁹ und Verbraucherschutzniveau⁹⁹⁰ sowie die Verminderung des Missbrauchsrisikos.⁹⁹¹ Zur Beurteilung, ob die neuen Haftungsbestimmungen hinsichtlich dieser Zielvorgaben gegenüber dem *status quo* gewinnbringend sind, kann der rechtsvergleichende Blick auf die zuvor analysierten nationalen Haftungsordnungen Deutschlands, Englands und Spaniens zumindest als Indiz herangezogen werden.

Darüber hinaus haben sich im europäischen Rechtsraum verschiedene Strukturmerkmale herausgebildet, die einer Haftungsrisikoverteilung typischerweise inhärent sind. Unterstellt, dass diese strukturellen Gemeinsamkeiten Ausdruck eines gerechten Ausgleichs zwischen den widerstreitenden Interessen der Beteiligten sind, werden die Haftungsregelungen der Richtlinie auf ihre Konformität mit diesen einheitlichen Strukturmerkmalen geprüft.

Bevor die Haftungsregelungen auf ihre Konformität mit den Zielvorgaben aus den Erwägungsgründen der Zahlungsdiensterichtlinie und den in Europa etablierten Haftungsstrukturprinzipien geprüft

⁹⁸⁸ Art.48 Nr.4 des ursprünglichen Kommissionsentwurf KOM (2005) 603 räumte elektronischen Signaturen im Einklang mit der Richtlinie 1999/93/EG des Europäischen Parlaments und des Rates über gemeinschaftliche Rahmenbedingungen für elektronische Signaturen nach damaliger Fassung eine privilegierte beweisrechtliche Stellung bei der Beweisführung des Zahlungsdienstleisters über die nutzerseitige Autorisierung ein.

⁹⁸⁹ Erwägungsgrund 3 ZDR.

⁹⁹⁰ Erwägungsgründe 34, 35 ZDR.

⁹⁹¹ Erwägungsgründe 32, 34 ZDR.

werden, ist mit Blick auf die gemeinschaftsgesetzgeberischen Regelungsziele zu untersuchen, ob für die neu geschaffenen Haftungsregelungen überhaupt Regelungsbedarf bestand.⁹⁹² Vor dem europarechtlichen Hintergrund des Rechtsetzungsverfahrens ist diese Frage im Rahmen der gemeinschaftsrechtlichen Kompetenzschränken des Verhältnismäßigkeits- und Subsidiaritätsprinzips sowie der Vorgaben des Art. 95 EG zu erörtern.

Besonderes Augenmerk verdient aufgrund ihrer immer präsenteren Rolle in rechtswissenschaftlichen Diskursen um die Gestaltung und Bewertung von Rechtsnormen die ökonomische Analyse des Rechts. Der Ermittlung der konkreten Regelungsziele wird deshalb die Frage vorangehen, ob eine ökonomische Analyse für die Haftungsregelungen der Zahlungsdiensterichtlinie als Bewertungsgrundlage heranzuziehen ist.

2. Eine (wohlfahrts-) ökonomische Analyse als Bewertungsgrundlage für die Haftungsregelungen?

Betrachtet man es als wünschenswert, eine Haftungsordnung zu schaffen, die zu einer maximalen Bedürfnisbefriedigung der Menschen in einer von Ressourcenknappheit geprägten Gesellschaft beiträgt, könnte ihr Optimalzustand durch eine wohlfahrtsökonomische Analyse zu ermitteln sein.⁹⁹³ Grundpostulat dieser Art der ökonomischen Analyse ist es, die vorhandenen knappen Ressourcen nicht zu verschwenden,⁹⁹⁴ um die wohlfahrtsökonomisch effizienteste Lösung zu finden. Dem Einwand, der Einzug der Ökonomie in die Rechtskultur widerspreche rechtsethischen Grundsätzen,⁹⁹⁵ insbesondere der Verteilungs- und Ausgleichsgerechtigkeit,⁹⁹⁶ soll an dieser Stelle nur Folgendes entgegnet werden:

Eine ökonomische Analyse kann zwar nicht als abschließendes Kriterium zur Bestimmung einer optimalen Haftungsordnung herangezogen werden,⁹⁹⁷ denn sie genießt keine hegemoniale Stellung gegenüber anderweitigen Analyseinstrumenten nichtökonomischer Natur.⁹⁹⁸ Vielmehr sind rechtliche Regelungen für zahlreiche weitere Disziplinen ein interessantes Untersuchungsobjekt, sodass eine Bewertung oder Gestaltung von Rechtsnormen neben der ökonomischen ebenfalls etwa anhand einer soziologischen, psychologischen, umweltökonomischen oder rechtsethischen Analyse des Rechts erfolgen kann,⁹⁹⁹ wobei jedes dieser unterschiedlichen Analyseinstrumente unterschiedliche fachspezifische Bewertungsparameter festlegen wird. Sich bei der Bestimmung des Optimalzustands aller rechtlichen Vorschriften allein auf die ökonomische Analyse zu verlassen, wäre insofern willkürlich.¹⁰⁰⁰ Aus dieser Erkenntnis lässt sich allerdings nicht folgern, dass die Heranziehung der ökonomischen Analyse aus dem Blickwinkel anderweitiger Wissenschaftszweige generell unzulässig ist. Offensichtlich sind die Ergebnisse einer ökonomischen Analyse beispielsweise aus Perspektive der Rechtsethik zumindest dann nicht zu beanstanden, wenn sie durch rechtsethische Wer-

⁹⁹² In diesem Sinne wird auch im Pressebericht IP/03/1641 der Kommission vom 2. Dezember 2003 erkannt, „dass Rechtsvorschriften nur sinnvoll sind, wenn sie einen zusätzlichen Nutzen bringen“, so ausdrücklich auch in der Mitteilung an den Rat und das Europäische Parlament über den neuen Rechtsrahmen im bargeldlosen Zahlungsverkehr (KOM (2003) 781 endg.) vom 2. Dezember 2003 (Konsultationspapier), S.17.

⁹⁹³ Vgl. Kötz, FS-Steindorff, S.643, 646.

⁹⁹⁴ Taupitz, AcP 196 (1996), 114, 117; Kübler in FS-Steindorff, S.687, 689.

⁹⁹⁵ Vgl. Küblers umfängliche Auseinandersetzung mit den wesentlichen Kritikpunkten an der Einbeziehung ökonomischer Analysen in der Rechtswissenschaft in: FS-Steindorff, S.687, 690 ff.

⁹⁹⁶ M.w.N. Grundmann, RablsZ 61 (1997), 423, 431.

⁹⁹⁷ Vgl. zum Exklusivitätsanspruch der wohlfahrtsökonomischen Analyse auch Lüdemann, Die Grenzen des homo oeconomicus und die Rechtswissenschaft, S.7, 11.

⁹⁹⁸ Kritisch zum „Universalitätsanspruch“ der ökonomischen Analyse Fezer, JZ 1986, 817, 819; Schäfer/Ott verneinen hingegen einen solchen Anspruch, JZ 1988, 213, 214.

⁹⁹⁹ Kirchner, Ökonomische Analyse des Rechts, S.66.

¹⁰⁰⁰ Kirchner, Ökonomische Analyse des Rechts, S.67.

tungen gestützt werden.¹⁰⁰¹ Bei der Verwertung der Analyseergebnisse ist lediglich stets zu berücksichtigen, dass diese eben nur die ökonomische Perspektive reflektieren. Statt der ökonomischen Analyse die Unvereinbarkeit mit anderen Blickwinkeln vorzuwerfen, ist es insofern fruchtbarer, das Instrument der ökonomischen Analyse in Anwendung auf die Rechtsordnung zu verstehen als legitime rein ökonomische Perspektive, deren Etablierung in der rechtswissenschaftlichen Literatur die übrigen Wissenschaftszweige dazu aufruft, sich an der interdisziplinären Untersuchung der Rechtsordnung zugunsten eines umfassenden Methodenpluralismus zu beteiligen. Je nach zu untersuchendem Rechtsgebiet richtet sich der Appell an solche Disziplinen, deren analytischen Instrumente zur Bewertung oder Gestaltung der betroffenen Rechtsnormen sachdienlich sind.¹⁰⁰² Richten verschiedene Fachdisziplinen unterschiedliche Forderungen an die infrage stehenden Rechtsnormen, ist anhand teleologischer Kriterien zu ermitteln, welchen der kollidierenden Ziele im konkreten Fall Vorrang zu gewähren ist. Lässt sich eine Rangordnung zwischen den widerstreitenden Interessen nicht eindeutig festlegen, könnte etwa mit Blick auf das verfassungsrechtliche Konfliktlösungsmodell der praktischen Konkordanz¹⁰⁰³ eine Lösung gefunden werden, bei der alle widerstreitenden Interessen, jeweils durch die anderen beschränkt, zur optimalen Wirksamkeit gelangen.¹⁰⁰⁴ Es lässt sich insofern festhalten, dass das Zusammenleben der unterschiedlichen Wissenschaftszweige der Umsetzung ökonomischer Analyseergebnisse zwar Schranken setzt, ihre Einbeziehung bei der Optimierungsaufgabe hinsichtlich gesetzlicher Regelungen jedoch nicht generell verwehrt. Im Gegenteil: Der bewusste generelle Verzicht auf das Instrumentarium der ökonomischen Analyse würde das Risiko unerkannter, unkontrollierter Fehlentwicklungen und ungewollter Abweichungen vom wohlfahrtsökonomischen Optimalzustand erhöhen.¹⁰⁰⁵

Dennoch soll eine wohlfahrtsökonomische Analyse im Rahmen der Untersuchung der Haftungsordnung der Richtlinie vorliegend zurücktreten. Grund hierfür ist vor allem die Diskrepanz zwischen der Zielsetzung der wohlfahrtsökonomischen Effizienzrechnung und den Zielvorgaben, die der Gemeinschaftsgesetzgeber ausdrücklich für die Haftungsregelungen vorsieht:

Die Optimierungsaufgabe der wohlfahrtsökonomischen Analyse im Haftungsrecht liegt nicht zwingend darin, ein Szenario zu schaffen, bei dem Unfälle bestmöglich durch Sicherungsmaßnahmen ausgeschlossen werden. Stattdessen sollen Präventivmaßnahmen nach der „*Learned Hand*-Formel“ von den Beteiligten nur so lange vorgenommen werden, wie die Kosten „einer weiteren Einheit Vorsorge“ den Nutzen dieser Maßnahme nicht überschreiten (Grenzkosten der Prävention).¹⁰⁰⁶ Die wohlfahrtsökonomische Analyse sucht somit nach der Lösung, bei der die Summe aus Aufwendungen für schadenspräventive Sicherungsmaßnahmen zuzüglich der Kosten aus verbleibenden Unfallschäden gesamtwirtschaftlich minimiert wird.¹⁰⁰⁷

Wie sich in den Erwägungsgründen der Richtlinie erkennen lässt, sind die politischen Zielvorgaben des Gemeinschaftsgesetzgebers für die Haftungsordnung jedoch andere als die Minimierung gesamtwirtschaftlicher Kosten. Grund hierfür wird nicht zuletzt sein, dass sich der Drittmissbrauch im Zahlungsverkehr durch eine Besonderheit von vielen herkömmlichen Unfallschäden unterscheidet: Die volkswirtschaftliche Wohlfahrt wird nicht nur durch monetär quantifizierbare gesamtgesellschaftliche Kosten geschmälert, sondern die Gesellschaft wird auch erheblich gestört durch das so-

¹⁰⁰¹ Vgl. Grundmann, RabelsZ 61 (1997), 423, 433.

¹⁰⁰² Vgl. Kirchner, Ökonomische Analyse des Rechts, S.66.

¹⁰⁰³ Vgl. Grundmann, RabelsZ 61 (1997), 423, 450.

¹⁰⁰⁴ Maurer, Staatsrecht I, § 1 Rn.62.

¹⁰⁰⁵ Kübler in FS-Steindorff, S.687, 703.

¹⁰⁰⁶ Janson, Ökonomische Theorie im Recht, S.73.

¹⁰⁰⁷ Vgl. ausf. Schäfer/Ott, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts, S.129 ff.

zialschädliche Verhalten der Missbrauchstäter. Indem der Gemeinschaftsgesetzgeber etwa die „Verminderung des Missbrauchsaufkommens“ ausdrücklich zur Zielvorgabe macht, orientiert er sich nicht an den volkswirtschaftlichen Kosten, sondern vorrangig an der Ausräumung sozialschädlichen Verhaltens, dem der Drittmisbrauch im Zahlungsverkehr zweifelsfrei zuzurechnen ist.¹⁰⁰⁸

Freilich ließe sich nun entgegen, der Sozialschädlichkeit müsse zur Anwendung der ökonomischen Analyse von politischer Seite aus eben ein volkswirtschaftlicher, monetär bestimmbarer Wert zugeschrieben werden. Die Tür zur ökonomischen Effizienzrechnung würde dadurch wieder aufgestoßen. Es liegt jedoch auf der Hand, dass eine monetäre Quantifizierung der Sozialschädlichkeit von Missbrauch im bargeldlosen Zahlungsverkehr schwer praktikabel ist. Zudem führt der Gemeinschaftsgesetzgeber neben der Verminderung des Missbrauchsaufkommens in den Erwägungsgründen der Richtlinie ausdrücklich weitere Zielvorgaben der Haftungsordnung auf (Stärkung der Wettbewerbsfreiheit, der Rechtssicherheit sowie des Verbraucherschutzes), die sich der monetären Quantifizierung ähnlich verschließen wie die Verminderung sozialschädlichen Verhaltens. Eine für die Praxis gewinnbringende ökonomische Analyse ist daher nicht möglich, da es der Bemessung der wohlfahrtsökonomischen Effizienz der Richtlinie nach der „*Learned Hand*-Formel“ an einem monetär bestimmbareren Gegenwert mangelt, der den Kosten für die Präventivmaßnahmen¹⁰⁰⁹ zur Abwendung von Drittmisbräuchen gegenüber gestellt werden kann.¹⁰¹⁰

Nach alldem stehen die abweichenden politischen Zielvorgaben¹⁰¹¹ und mangelnde Praktikabilität der wohlfahrtsökonomischen Analyse als Bewertungsgrundlage für die Haftungsregelungen der Zahlungsdiensterichtlinie entgegen. Wie die nachfolgenden Ausführungen zeigen werden, lassen sich gleichwohl gewisse in der Ökonomie gewonnene Erkenntnisse bei der Prüfung der Haftungsregelungen auf ihre Konformität mit den in den Erwägungsgründen genannten Zielvorgaben durchaus gewinnbringend einsetzen.¹⁰¹²

II. Regelungsbedarf im Kontext europäischer Rechtssetzungskompetenz

Regelungsbedarf besteht aus Sicht der Europäischen Gemeinschaft, wenn rechtliche oder tatsächliche Faktoren Gemeinschaftsinteressen stören, die sich innerhalb ihres Kompetenzrahmens durch legislative Aktivität ausräumen lassen. Das Gesamtgefüge der Zahlungsdiensterichtlinie zielt darauf ab, Binnenmarkthemmnisse des Finanzdienstleistungssektors zu beheben,¹⁰¹³ sodass als Kompetenzschränken grundsätzlich die materiellen Voraussetzungen des Art.95 I i.V.m. Art.47 II 1, 3 EG sowie das Verhältnismäßigkeits- und das Subsidiaritätsgebot gelten. Zwar war auch die Gewährleistung eines europaweiten hohen Verbraucherschutzniveaus nach Vorgabe des Art.153 III a) EG Grund für die Eingliederung der Haftungsregelungen in den Richtlinien text.¹⁰¹⁴ Da Art.153 III a)

¹⁰⁰⁸ Vgl. *Amelung*, Rechtsgutverletzung und Sozialschädlichkeit, S.269: „Sozialschädlich ist eine Handlung, die die durch den Sozialvertrag geordnete Gesellschaft desorganisiert, indem sie entweder Rechte des Einzelnen oder Rechte des Staates verletzt, den die Gesellschaft zum Schutz ihrer individuellen Rechte errichtet hat.“

¹⁰⁰⁹ Zuzüglich des „Sozialschadens“ aus verbleibenden Missbräuchen.

¹⁰¹⁰ Vgl. zum Problem der Monetarisierung von Nichtvermögenswerten auch *Taupitz*, AcP 196 (1996), 114, 164.

¹⁰¹¹ Vgl. zum Zielkonflikt bei Inkompatibilität zwischen politischer Zielsetzung und Zielkomponenten der ökonomischen Analyse des Rechts *Kirchner*, Ökonomische Analyse des Rechts, S.73 ff.

¹⁰¹² Insbesondere gilt dies für die anreizschaffende Wirkung der Haftungsregelungen bei Zahlungsdienstnutzer und Zahlungsdienstleister (vgl. unten in Kap.3 C. III. 3.).

¹⁰¹³ Erwägungsgrund 1 ZDR.

¹⁰¹⁴ Vgl. Erwägungsgründe 34, 35, 36; gemeinsame Erklärung der Europäischen Kommission und der Europäischen Zentralbank anlässlich der Verabschiedung der Richtlinie über Zahlungsdienste durch das Europäische Parlament, IP/07/550; auch *McCreedy* (Mitglied der Europäischen Kommission) in der über die Zahlungsdiensterichtlinie geführte Plenardebatte im Europäischen Parlament am 23. April 2007.

EG jedoch keine kompetenzbegründende Wirkung entfaltet,¹⁰¹⁵ ist auch die Zulässigkeit der Haftungsregelungen an den kompetenzrechtlichen Schranken des Art.95 EG zu messen. Art.95 EG kann als Grundlage für verbraucherschützende Vorschriften daher nur herangezogen werden, wenn diese darauf abzielen, die Voraussetzungen für die Errichtung und das Funktionieren des Binnenmarkts tatsächlich zu verbessern oder spürbare Wettbewerbsverzerrungen beseitigen.¹⁰¹⁶

Zentrale Bestrebung der Zahlungsdiensterichtlinie ist die Durchsetzung eines freien und unverfälschten Wettbewerbs,¹⁰¹⁷ da dieser für einen funktionierenden Binnenmarkt im Sinne des Art.14 EG unerlässlich ist.¹⁰¹⁸ Wettbewerbsfreiheit drückt sich aus als Freiheit der Anbieter, in Konkurrenz zueinander zu treten (Parallelprozess), und als Freiheit der Marktgegenseite, unter Alternativen wählen zu können (Austauschprozess).¹⁰¹⁹ Für einen funktionierenden Austauschprozess müssen Nachfrager sich auf transparenten Märkten die entscheidenden Markt- und Produktinformationen beschaffen können.¹⁰²⁰ Eine der relevanten Informationen bei Zahlungsdienstleistungen betrifft die Zuordnung des Drittmisbrauchsrisikos. Vor dem Hintergrund des hohen Missbrauchsaufkommens im bargeldlosen Zahlungsverkehr spielt die Verlässlichkeit und Fairness der Haftungskonditionen für den Zahlungsdienstnutzer bei der Auswahl eines Zahlungsdienstleisters eine entscheidende Rolle, da bei missbräuchlichen Zahlungstransaktionen erhebliche Kosten entstehen können.¹⁰²¹

Die Haftung bestimmt sich dabei sowohl nach den Vertragsbestimmungen der Zahlungsdienstleister als auch nach den Vorgaben der nationalen Rechtsordnungen. Eine detaillierte Analyse aller 27 innerhalb der Gemeinschaftsgrenzen bestehenden unterschiedlichen Haftungsordnungen ist für den Zahlungsdienstnutzer weder unter zeitökonomischen Gesichtspunkten tragbar noch wird sie ihm wegen der Komplexität der Haftungsordnungen verwertbare Ergebnisse für die Auswahlentscheidung zwischen den verschiedenen Zahlungsdienstleistern liefern können. Ein europaweit einheitlicher, transparenter, fairer und verlässlicher Mindestschutz durch sichere Haftungsbestimmungen könnte jedoch gewährleisten, dass der Zahlungsdienstnutzer ohne detaillierte Analyse bedenkenlos auf die Haftungskonditionen vertrauen kann.¹⁰²² In Ermangelung entsprechender europäischer Standards vergleicht und wählt die Mehrzahl der Verbraucher bislang überwiegend Angebote nationaler Zahlungsdienstleister, statt auf Anbieter anderer Mitgliedstaaten zurückzugreifen,¹⁰²³ sodass der für die Wettbewerbsfreiheit erforderliche Austauschprozess gestört wird. Im Lichte des Art.3 g), 4 I EG entspricht die Ausräumung dieser Störung dem Interesse der Europäischen Gemeinschaft an einem funktionierenden Binnenmarkt, sodass die Gemeinschaft zur Schaffung der harmonisierten Haftungsregelungen kompetent war.

Dass gleichzeitig der Verbraucherschutz für den europäischen Gesetzgeber zur Schaffung der Haftungsordnung der Zahlungsdiensterichtlinie maßgebliche Motivation war, ändert an der Rechtssetzungskompetenz der Gemeinschaft Art.95 EG nichts.¹⁰²⁴ Entscheidend ist, dass zumindest ein

¹⁰¹⁵ Von der Groeben/Schwarze-Berg, EUV/EGV Art.153 EG Rn.15; Grabitz/Hilf-Pfeiffer, Das Recht der Europäischen Union, Art.153 EGV Rn.32 ff.

¹⁰¹⁶ Calliess/Ruffert-Wichard, EUV/EGV, Art.153 Rn.15, m.w.N. zur Rechtsprechung des EuGH Art.95 Rn.14 ff.

¹⁰¹⁷ Erwägungsgründe 4, 17, 42 ZDR.

¹⁰¹⁸ Calliess/Ruffert-Kahl, EUV/EGV, Art.14 EGV Rn.24; die Zielsetzung der europäischen Wettbewerbspolitik ergibt sich aus Art.3 g), 4 I EG (vgl. ausf. zur Wettbewerbspolitik der Europäischen Gemeinschaft Olten, Wettbewerbstheorie und Wettbewerbspolitik, S.197 ff.).

¹⁰¹⁹ Nach dem neoklassischen Wettbewerbskonzept, vgl. Woll, Allgemeine Volkswirtschaftslehre, S.347.

¹⁰²⁰ Olten, Wettbewerbstheorie und Wettbewerbspolitik, S.15.

¹⁰²¹ Hofmann, ZVglRWiss 2007, 174, 175.

¹⁰²² Vgl. Hofmann, ZVglRWiss 2007, 174, 175.

¹⁰²³ Hofmann, ZVglRWiss 2007, 174, 175.

¹⁰²⁴ Von der Groeben/Schwarze-Berg, EUV/EGV Art.153 EG, Rn.16; entschieden vom EuGH für den Gesundheitsschutz in C-491/01 – *The Queen/British American Tobacco (Investments) Ltd und Imperial Tobacco Ltd*, Slg. 2002, I-

Hauptzweck der Haftungsregelungen im Zusammenwirken mit den übrigen Bestimmungen der Richtlinie die Verwirklichung des Binnenmarkts für Finanzdienstleistungen ist.¹⁰²⁵

Ob Harmonisierungsmaßnahmen nach Art.95 EG außerdem dem Subsidiaritätsprinzip des Art.5 II EG unterliegen, ist umstritten,¹⁰²⁶ kann vorliegend jedoch dahinstehen. Denn die durch die nationalen Verschiedenheiten in den Haftungsordnungen bedingten Wettbewerbshemmnisse sind anders als durch harmonisierende legislative Aktivität der Gemeinschaft nicht auszuräumen, sodass das Subsidiaritätsprinzip ohnehin gewahrt wird.¹⁰²⁷

Im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung nach Art.5 III EG wird den Gemeinschaftsorganen ein weiter Beurteilungsspielraum zugestanden.¹⁰²⁸ Nur wenn eine gesetzgeberische Entscheidung sich als offensichtlich fehlerhaft erweist oder die Nachteile für bestimmte Wirtschaftsteilnehmer zu den Vorteilen völlig außer Verhältnis stehen, ist sie wegen Verstoßes gegen das Verhältnismäßigkeitsprinzip unzulässig.¹⁰²⁹ Ein offenkundiger Verstoß gegen den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit lässt sich in den Haftungsregelungen nicht erkennen.

III. Die einzelnen Steuerungsziele

1. Vertrauensstärkung des Zahlungsdienstnutzers zugunsten der Wettbewerbsfreiheit

Einfluss auf einen verbesserten Wettbewerb zugunsten des europäischen Binnenmarktes können die Haftungsregelungen vor allem durch Verbesserung des zuvor bezeichneten Austauschprozesses auf Verbraucherseite ausüben. Auf den Parallelprozess wirkt sich der Inhalt der einzelnen Haftungsbestimmungen demgegenüber weniger aus. Um den Austauschprozess zu verbessern, muss das Vertrauen des Zahlungsdienstnutzers in eine europaweite gerechte Missbrauchshaftung gestärkt werden. Dies kann einerseits geschehen durch Steigerung der Haftungstransparenz. Die derzeit weitgehend unharmonisierte Missbrauchshaftung müsste dazu durch eine radikale Simplifizierung so gestaltet werden, dass der Zahlungsdienstnutzer sie möglichst vollumfänglich versteht. In Hinblick auf die begrenzten kognitiven Kapazitäten des durchschnittlichen Zahlungsdienstnutzers ist diese Zielvorstellung jedoch selbst bei einer Vollharmonisierung unter bestmöglicher Informationsverschaffung gegenüber dem Zahlungsdienstnutzer schwer realisierbar.¹⁰³⁰ Stattdessen könnte andererseits ein verlässlicher und fairer Haftungsmindeststandard geschaffen werden, der es dem Zahlungsdienstnutzer erlaubt, sich risikolos jeder mitgliedstaatlichen Haftungsordnung zu unterwerfen. Ob die Zahlungsdiensterichtlinie tatsächlich einen fairen und verlässlichen Haftungsstandard hervorgebracht hat, bemisst sich nach verschiedenen Kriterien. Hierzu zählen vor allem die in den Erwägungsgründen der Zahlungsdiensterichtlinie zum Ausdruck kommenden und in den folgenden Abschnitten analysierten Zielvorgaben der Haftungsregelungen (Verbraucherschutz, Rechtssicherheit) sowie die Einhaltung bestimmter Haftungsstrukturprinzipien zur Gewährleistung einer gewissen

11453 ff., Rn.62; C-376/98, *Bundesrepublik Deutschland/Europäisches Parlament und Rat der Europäischen Union*, Slg. 2000, I-8419 ff., Rn.88; nichts anderes kann gelten für den Verbraucherschutz.

¹⁰²⁵ Calliess/Ruffert-Wichard, EUV/EGV, Art.153 EGV Rn.15.

¹⁰²⁶ Der EuGH schreibt Rechtsangleichungsmaßnahmen nach Art.95 EG der konkurrierenden Gesetzgebung zu und unterwirft sie folgerichtig dem Subsidiaritätsprinzip (*The Queen/British American Tobacco (Investments) Ltd und Imperial Tobacco Ltd*, Slg. 2002, I-11453 ff., Rn.177 ff.); ausf. zur Diskussion Schwartz, FS-Everling, Band II, S.1331 ff.

¹⁰²⁷ Vgl. zur Auseinandersetzung der Kommission mit dem Subsidiaritätsprinzip die Begründung der Kommission zum Richtlinienentwurf, abgedr. in ZBB 2006, 65, 67.

¹⁰²⁸ *The Queen/British American Tobacco (Investments) Ltd und Imperial Tobacco Ltd*, Slg. 2002, I-11453 ff., Rn.123.

¹⁰²⁹ EuGH – C-233/94 – *Bundesrepublik Deutschland/Europäisches Parlament und Rat der Europäischen Union*, Slg. I-2405 ff. Rn.55 f. Dies gilt zwar nur für Regelungen komplexer Sachverhalte, als welche die Harmonisierung des Finanzdienstleistungsmarktes jedoch ohne Zweifel einzuordnen ist.

¹⁰³⁰ Siehe hierzu auch unten in Kap.3 C. III. 3. b.

Ausgewogenheit der Missbrauchsrisikozuordnung. Diese Kriterien werden nachfolgend eingehend untersucht.¹⁰³¹

Um tatsächlich das Vertrauen der Zahlungsdienstnutzer zu gewinnen, reicht die verlässliche inhaltliche Fairness der harmonisierten Haftungsordnung jedoch nicht aus. Die Europäische Gemeinschaft und die Mitgliedstaaten müssen darüber hinaus eine nachhaltige Informationspolitik betreiben, die dem Zahlungsdienstnutzer die Vertrauenswürdigkeit der Vorschriften vermittelt.¹⁰³²

2. Rechtssicherheit

Als grundlegendes Prinzip des Gemeinschaftsrechts¹⁰³³ findet der Grundsatz der Rechtssicherheit auf europäischer Ebene seine positiv-rechtliche Grundlage in Art.6 I EU.¹⁰³⁴ Im gemeinschaftsrechtlichen Kontext gebietet sie insbesondere die Erkennbarkeit, Verlässlichkeit und Berechenbarkeit von Recht,¹⁰³⁵ damit der Einzelne die Folgen seines Tuns abschätzen kann.¹⁰³⁶

Ob die Haftungsordnung der Richtlinie im Einklang mit der Zielvorgabe aus Erwägungsgrund 3 ZDR der Rechtssicherheit im bargeldlosen Zahlungsverkehr tatsächlich förderlich ist, bemisst sich nicht zuletzt daran, ob bestehende gemeinschaftsrechtliche und nationale Rechtsunsicherheiten durch die neuen Vorschriften ausgeräumt werden können. Der Blick auf die Haftungsordnungen in Deutschland, England und Spanien verrät eine Reihe besonders markanter Streitstände in Literatur und Rechtsprechung sowie allgemeiner Rechtsunsicherheiten im bargeldlosen Zahlungsverkehr, deren Klärung gewinnbringend für die Rechtssicherheit im Rechtsraum der Europäischen Gemeinschaft wäre:

a. Die Anscheinsvermutung bei Computerprotokollen über PIN-gestützte Zahlungen

Dokumentieren Computerprotokolle einen Zahlungsvorgang unter Eingabe der richtigen PIN, ist der Beweiswert dieser Aufzeichnungen sowohl in Deutschland¹⁰³⁷ als auch in Spanien¹⁰³⁸ in Literatur und Rechtsprechung sehr strittig. Die Lösung des XI. Senats des BGH aus seinem Urteil vom 5. Oktober 2004¹⁰³⁹ kann nicht überzeugen,¹⁰⁴⁰ sodass sich der Meinungsstreit in der deutschen Fachliteratur fortsetzt und auch die Instanzgerichte weiter beschäftigt.¹⁰⁴¹ Aufgrund der wesentypischen Verborgenheit eines Missbrauchsgeschehens und der damit häufig einhergehenden Unauflösbarkeit des Sachverhalts greift eine Anscheinsvermutung folgeschwer in die Missbrauchsrisikozuordnung ein. Es wäre daher zu begrüßen gewesen, Rechtsunsicherheiten über den beweisrechtlichen Wert der einer Zahlungstransaktion regelmäßig zugrunde liegenden Computerprotokolle durch abschließende gemeinschaftsrechtliche Regelungen den Boden zu entziehen.

Art.48 III des ursprünglichen Kommissionsentwurfs (2005) 603 sah vor, dass die Vorlage der Aufzeichnungen über die Nutzung eines Zahlungsverifikationsinstruments zur Beweisführung über des-

¹⁰³¹ Siehe zur Rechtssicherheit den nachfolgenden Gliederungsabschnitt, zum Verbraucherschutz unten in Kap.3 C. III. 4. und zum Grundpostulat eines angemessenen Interessenausgleichs unten in Kap.3 C. IV.

¹⁰³² Reich/Micklitz, Europäisches Verbraucherrecht, S.510.

¹⁰³³ Schilling, EuGRZ 2000, 3, 19; mit ausf. Nachw. zur Rspr. des EuGH über das Prinzip der Rechtssicherheit Grabitz/Hilf-Pernice/Mayer, Das Recht der Europäischen Union, nach Art.6 Rn.291 ff.

¹⁰³⁴ Calliess/Ruffert-Calliess, EUV/EGV, EUV Art.6 Rn.27;

¹⁰³⁵ Hierzu ausf. und m.w.N. von Arnould, Rechtssicherheit, S.498 ff.

¹⁰³⁶ Von Bogdandy, EuZW 2001, 357, 359.

¹⁰³⁷ Siehe zur Kritik an der Entscheidung oben in Kap.2 A. IV. 4. b. 1.).

¹⁰³⁸ Siehe oben in Kap.2 C. IV. 2. c.

¹⁰³⁹ Abgedr. in NJW 2004, 3623 ff. = WM 2004, 2309 ff. = MDR 2005, 159 f. = WuB 2005 I D 5 b. – 1.05 mit Anmerkung Gößmann = VuR 2005, 71 ff. mit Anmerkung Hoppe.

¹⁰⁴⁰ Siehe oben in Kap.2 A. IV. 4. b. 2.) b.) (4.).

¹⁰⁴¹ Vgl. Berichterstattung F.A.Z. v. 11.01.2005, S.19, „Sicherheitslücken bei EC-Karten vermutet, Bundesamt: Banken lassen uns nicht prüfen/ Musterklagen von Verbraucherschützern“.

sen Autorisierung bzw. grobe Fahrlässigkeit oder betrügerische Absicht des Zahlungsdienstnutzers nicht ausreichen sollte.¹⁰⁴² Nach dieser Fassung wäre dem Anscheinsbeweis bei Vorlage der Aufzeichnungen über kartengestützte Zahlungsvorgänge unter Eingabe der korrekten PIN endgültig gemeinschaftsrechtlich die Zulässigkeit versagt worden.¹⁰⁴³ Nicht nur wäre der endlosen Diskussion in der rechtswissenschaftlichen Literatur dadurch der Boden entzogen worden, sondern der BGH hätte zudem seine bereits nach nationalem Recht schwer haltbare Position aufgeben und in der Rechtsprechung korrigieren müssen.

Im Verlauf des Mitentscheidungsverfahrens wurde diese Lösung jedoch vom inhaltlich abweichenden Art.59 II ZDR verdrängt. Mit ihm ist die Rechtsprechung des BGH nunmehr vereinbar – sowohl die erste Anscheinsvermutung über die Autorisierung des Zahlungsvorgangs als auch die sich anschließende Vermutung über die gemeinsame Verwahrung von PIN und Karte bzw. den Vermerk der PIN auf der Karte selbst.

Obwohl es wünschenswert gewesen wäre, durch neue gemeinschaftsrechtliche Vorgaben die unzutreffende und umstrittene Beurteilung des BGH zugunsten der Rechtssicherheit für unzulässig zu erklären, lässt Art.59 II ZDR weiterhin den zweistufigen Anscheinsbeweis zu. An den dogmatischen nationalen Rechtmäßigkeitsbedenken ändert die Gemeinschaftsrechtskonformität der BGH-Rechtsprechung freilich nichts: Mangels entsprechender Typizität kann entgegen der Auffassung des BGH eine Anscheinsvermutung nicht konkret dafür sprechen, dass der Karteninhaber die Sicherheitsmerkmale gemeinsam mit der Karte verwahrt oder die PIN auf der Karte vermerkt hat. Stattdessen spricht eine Anscheinsvermutung lediglich allgemein für die Verletzung der vertraglichen Pflicht zum sorgfältigen Umgang mit der PIN.¹⁰⁴⁴

Durch die wenig erhellende Formulierung des Art.59 II ZDR wird die Rechtslage in Deutschland zudem in anderer Hinsicht diffuser: Zwar erklärt Art.59 II ZDR die Aufzeichnungen über die Verwendung eines Zahlungsinstruments für die Beweisführung über eine Autorisierung bzw. grobe Fahrlässigkeit oder Vorsatz des Zahlungsdienstnutzers grundsätzlich für gemeinschaftsrechtskonform. Als „Minus“ zum Vollbeweis wäre auch die Anscheinsbeweislösung des BGH gemeinschaftsrechtlich zulässig. Die gemeinschaftsrechtliche Zulässigkeit ändert allerdings nichts daran, dass sich grobe Fahrlässigkeit nach deutschem Recht dem Anscheinsbeweis verschließt.¹⁰⁴⁵ Indem Art.61 II ZDR für die volle Haftung des Zahlungsdienstnutzers mindestens grobe Fahrlässigkeit verlangt, scheidet das Instrument des Anscheinsbeweises hier zur Beweisführung nach deutschem Recht deshalb aus. Ferner sind fortan solche allgemeinen Geschäftsbedingungen der Banken gemeinschaftsrechtswidrig, die bestimmte Verhaltensweisen des Zahlungsdienstnutzers als grob fahrlässig qualifizieren. Denn die Qualifikation des Verhaltens eines Zahlungsdienstnutzers als „grob fahrlässig“ richtet sich gemäß Erwägungsgrund 33 ZDR ausdrücklich nach mitgliedstaatlichem Recht und nicht nach Parteivereinbarung der Beteiligten bzw. den AGB des Zahlungsdienstleisters. Zudem widerspräche es dem gemeinschaftsrechtlichen *effet utile*,¹⁰⁴⁶ wenn der Zahlungsdienstleister durch Eigeninterpretation der in der Zahlungsdiensterichtlinie verwendeten Begrifflichkeiten in seinen AGB die zwingenden Richtlinienbestimmungen¹⁰⁴⁷ einseitig umgehen könnte.

¹⁰⁴² Art.48 III Kom (2005) 603 führte aus: „Um [...] nachzuweisen, dass der Zahlungsdienstnutzer die Zahlung autorisiert bzw. in betrügerischer Absicht oder in Bezug auf die ihm gemäß Artikel 46 obliegenden Pflichten grob fahrlässig gehandelt hat, reicht die vom Zahlungsdienstleister aufgezeichnete Nutzung eines Zahlungsverifikationsinstruments allein nicht aus.“

¹⁰⁴³ Hofmann, ZVglRWiss 2007, 174, 190.

¹⁰⁴⁴ Siehe oben in Kap.2 A. IV. 4. b. 3.)

¹⁰⁴⁵ BGH VersR 1968, 668; 1969, 77; 1972, 171; LM § 277 BGB Nr.3; LM § 640 RVO Nr.4; WM 1983, 1009.

¹⁰⁴⁶ Siehe oben in Kap.3 B. III.

¹⁰⁴⁷ Vgl. zum zwingenden Charakter der Haftungsbestimmungen oben in Kap.3 B. III.

Im Ergebnis lässt sich festhalten: Die Rechtsprechung des BGH über die Grundsätze des Anscheinsbeweises ist auch zukünftig zwar wegen Art.59 II ZDR gemeinschaftsrechtlich nicht zu beanstanden. Wirft der Zahlungsdienstleister dem Zahlungsdienstnutzer allerdings grobe Fahrlässigkeit bzw. Vorsatz oder betrügerische Absicht des Zahlungsdienstnutzers vor, um sich gemäß Art.61 II ZDR schadlos zu halten, muss er hierüber zumindest in Deutschland einen Vollbeweis führen, denn eine Anscheinsvermutung über grobe Fahrlässigkeit, Vorsatz oder betrügerische Absicht ist nach deutschem Recht nicht möglich. Sofern die AGB-Banken bestimmtes Verhalten des Zahlungsdienstnutzers als „grob fahrlässig“ qualifizieren, sind sie gemeinschaftsrechtlich fortan nicht mehr zulässig.

b. Der Rechtscharakter des *Banking Code* und des *Business Banking Code* in England

Ein im englischen Zahlungsverkehrsrecht markanter Streitstand betrifft die dogmatische Einordnung und die rechtliche Bindungswirkung der Bestimmungen des *Banking* und des *Business Banking Code*.¹⁰⁴⁸ Direkt Bezug nehmen die Regelungen der Zahlungsdiensterichtlinie weder auf den *Banking Code* noch auf den *Business Banking Code*, sodass der Streit um ihren Rechtscharakter zumindest nicht ausdrücklich aufgelöst wird.

Allerdings wird sich die Diskussion um die dogmatische Einordnung der Regelungswerke zumindest hinsichtlich derjenigen Haftungsbestimmungen erledigen, die nunmehr von den zwingenden Vorschriften der Zahlungsdiensterichtlinie erfasst werden.¹⁰⁴⁹ Der Streit um den Rechtscharakter des *Banking Code* verliert damit entscheidend an Bedeutung. Er wird sich jedoch in Regelungsbereichen fortsetzen, die vom Anwendungsbereich der Missbrauchshaftung der Richtlinie ausgenommen sind. Relevant bleibt der Streit insofern vor allem hinsichtlich der im *Banking Code* und *Business Banking Code* formulierten vertraglichen Sorgfaltspflichten des Zahlungsdienstnutzers, deren Fixierung und inhaltliche Konkretisierung im Richtlinientext unterblieben ist.¹⁰⁵⁰

Fortbestehen wird der Meinungsstreit ferner hinsichtlich aller Regelungen des *Business Banking Code*, die gemäß Art.51 I ZDR aufgrund der Abdingbarkeit von Art.61 ZDR in Nichtverbraucher-Verträgen weiterhin zulässig sind.¹⁰⁵¹

Die durch die Diskussion um die dogmatische Einordnung des *Banking* und *Business Banking Code* genährten haftungsrechtlichen Unsicherheiten werden durch die zwingenden Haftungsregelungen für die Praxis insofern nur partiell behoben. Durch die Festlegung eines zwingenden Kanons konkreter Sorgfaltspflichten des Zahlungsdienstnutzers wäre zumindest der Streit um die dogmatische Einordnung der Regelungen des *Banking Code* vollumfänglich gegenstandslos geworden.

c. Die Anwendbarkeit des Art.156 LCC im spanischen Recht

Die Frage nach der analogen Anwendbarkeit des Art.156 LCC zieht sich durch weite Bereiche des spanischen Zahlungsverkehrsrechts. Allein seine entsprechende Anwendung auf gefälschte Überweisungen ist von der Rechtsprechung eindeutig bestätigt,¹⁰⁵² während eine Analogie für verfälschte

¹⁰⁴⁸ Vgl. hierzu oben in Kap.2 B. III. 3. b. 2.).

¹⁰⁴⁹ Vgl. zum zwingenden Charakter der Haftungsbestimmungen oben in Kap.3 B. III. Die Unabdingbarkeit der Haftungsbestimmungen betrifft wegen Art.51 I ZDR insbesondere Verbraucherverträge (vgl. zum Verbraucherbegriff Art.4 Nr.11 ZDR) und korreliert daher weitgehend mit dem personellen Anwendungsbereich des *Banking Code* (vgl. § 1.1 BC i.V.m. dem Glossar des *Banking Code*).

¹⁰⁵⁰ Siehe zur Kritik an der mangelnden Fixierung beiderseitiger Sorgfaltsanforderungen in der Richtlinie unten in Kap.3 C. V. 6.

¹⁰⁵¹ Siehe hierzu oben in Kap.3 B. III.

¹⁰⁵² Urteil des Obersten Gerichtshofs v. 15. Juli 1988, R.Ar. 1988, Rn.5717.

Überweisungen,¹⁰⁵³ ge- und verfälschte Lastschriften¹⁰⁵⁴ sowie Debit- und Kreditkartenzahlungen¹⁰⁵⁵ nach verbreiteter Ansicht in der Literatur ausscheiden soll. Gemäß Art.94 I UA 1 ZDR hatte der spanische Gesetzgeber bis zum 1. November 2009 ein nationales Umsetzungsgesetz zu schaffen, das inhaltlich auch die Haftungsbestimmungen der Richtlinie zu berücksichtigen hat.¹⁰⁵⁶ Spätestens mit der spanischen Umsetzungsmaßnahme wird eine Analogie durch Bereitstellung einer ausdrücklichen Haftungsordnung zumindest für die von der Zahlungsdiensterichtlinie erfassten bargeldlosen Zahlungsverfahren hinfällig und löst die bestehenden Rechtsunsicherheiten über eine mögliche analoge Anwendung des Art.156 LCC auf Missbrauchssachverhalte im Überweisungs-, Lastschrift- und Zahlungskartenrecht auf.

d. Mangelnde Bestimmtheit der Sorgfaltspflichten von Zahlungsdienstnutzer und Zahlungsdienstleister

Nach allen drei in diesem Beitrag berücksichtigten Rechtsordnungen bestimmt sich die Haftungsrisikoverteilung bei Drittmissbrauch im bargeldlosen Zahlungsverkehr ganz überwiegend nach allgemeinem Vertragsrecht, gepaart mit einseitig gestalteten Vertragsbedingungen des Zahlungsdienstleisters. Entscheidend für die Missbrauchshaftung ist regelmäßig die Einhaltung der sich aus diesem Zusammenspiel ergebenden beiderseitigen Sorgfaltspflichten von Zahlungsdienstleister und Zahlungsdienstnutzer. Je nach Zahlungsmittel betreffen diese den Umgang mit einem Zahlungsinstrument und bestimmten Sicherheitsmerkmalen sowie die Vermeidung von Drittmissbrauch. Ergänzt wird die Vielzahl unterschiedlicher Sorgfaltspflichten durch eine unüberblickbare und uneinheitliche Einzelfallrechtsprechung auf nationaler Ebene.¹⁰⁵⁷ Im Kontext der Europäischen Integration erwächst aus der Koexistenz der zurzeit 27 nationalen Haftungsordnungen ein undurchdringbares Gefüge unterschiedlicher Sorgfaltspflichten von Zahlungsdienstleister und Zahlungsdienstnutzer. Um diese Schwachstelle des Haftungsrechts im Zahlungsverkehr zugunsten der Rechtssicherheit zu beheben, wäre die ausdrückliche Festlegung beiderseitiger Sorgfaltspflichten in der Zahlungsdiensterichtlinie wünschenswert gewesen.

Der europäische Gesetzgeber geht einen anderen Weg: Dem Zahlungsdienstnutzer trägt er gemäß Art.56 I a) generell auf, „bei der Nutzung des Zahlungsinstruments die Bedingungen für dessen Ausgabe und Nutzung ein[zuh]alten“. In den Grenzen des mitgliedstaatlichen Vertragsrechts gestattet er Zahlungsdienstleistern dadurch weiterhin die einseitige Festlegung beliebiger vom Zahlungsdienstnutzer einzuhaltender Sorgfaltspflichten. Zudem verlangt die Richtlinie vom mitgliedstaatlichen Gesetzgeber die gesetzliche Verankerung zweier Pflichten des Zahlungsdienstnutzers: erstens die Pflicht zur unverzüglichen Anzeige des Verlustes bzw. dem Diebstahl des Zahlungsinstruments oder des Missbrauchs bzw. sonstiger unautorisierter Zahlungsvorgänge (Art.56 I b) ZDR) und zweitens die Pflicht, alle zumutbaren Vorkehrungen zu treffen, um die personalisierten Sicherheitsmerkmale vor unbefugtem Zugriff zu schützen (Art.56 II ZDR). Zur wünschenswerten Harmonisierung der Sorgfaltspflichten des Zahlungsdienstnutzers führt dies freilich nicht, denn in den Grenzen des nationalen Rechts genießt der Zahlungsdienstleister weiterhin umfängliche Gestaltungsfreiheit hinsichtlich der Aufnahme weiterer Sorgfaltspflichten in den Rahmenvertrag.

¹⁰⁵³ Vgl. oben in Kap.2 C. I. 3. c. 2.).

¹⁰⁵⁴ Vgl. oben in Kap.2 C. III. 3. b.

¹⁰⁵⁵ Vgl. oben in Kap.2 C. II. 3. d..

¹⁰⁵⁶ Als Umsetzungsgesetz wurde am 26.10.2009 vom spanischen Parlament das „*Ley de servicios de pagos*“ verabschiedet.

¹⁰⁵⁷ So auch Hofmann zur Rechtslage in Deutschland, ZVglRWiss 106 (2007), 174, 188.

Positiv zu bewerten ist allenfalls die Beschränkung der vollen Haftung des Zahlungsdienstnutzers gemäß Art.61 II ZDR auf die Verletzung solcher Sorgfaltspflichten, die in Art.56 ZDR genannt sind. Auch wenn der freien Vertragsgestaltung des Zahlungsdienstleisters hierdurch keine Grenzen gesetzt werden, wird zumindest die extensive Auslegung der rahmenvertraglichen Pflichten durch die mitgliedstaatliche Rechtsprechung ausgeschlossen.¹⁰⁵⁸

Auch die Suche nach einem umfänglich verbindlichen Verhaltenskodex des Zahlungsdienstleisters in der Richtlinie bleibt ohne Ergebnis. Eine Reihe von Sorgfaltspflichten des Zahlungsdienstleisters in Bezug auf Zahlungsinstrumente wird zwar in Art.57 I a) bis d) ZDR genannt.¹⁰⁵⁹ Problematisch ist allerdings, dass lediglich der Verstoß gegen die Pflicht aus Art.57 I c) ZDR im Richtlinien-text sanktioniert wird und sich zulasten des Zahlungsdienstleisters haftungsrechtlich auswirkt.¹⁰⁶⁰ Rechtliche Konsequenzen bei Verstößen gegen Art.57 I a), b) und d) ZDR bleiben hingegen verborgen. Eine nahe liegende Umsetzungsoption für den mitgliedstaatlichen Gesetzgeber ist die haftungsrechtliche Sanktionierung pflichtwidrigen Verhaltens des Zahlungsdienstleisters im Rahmen des gemeinschaftsrechtlich zugestandenen Umsetzungsspielraums von Art.61 III ZDR zur Herabsetzung der Haftung des Zahlungsdienstnutzers bei einfacher und grober Fahrlässigkeit. Bei Vorsatz des Zahlungsdienstnutzers steht dem nationalen Gesetzgeber demgegenüber kein Spielraum zur haftungsrechtlichen Berücksichtigung der Pflichten aus Art.57 I a), b) und d) ZDR im nationalen Umsetzungsgesetz zu.

Zudem werden in dem Pflichtenkatalog des Art.57 ZDR Kernverpflichtungen des Zahlungsdienstleisters nicht genannt, deren Beachtung in den nationalen Rechtsordnungen eine zentrale Rolle bei der Verhinderung von Drittmissbräuchen spielt. Hierzu gehört vor allem die Pflicht zur Authentifizierung eines Zahlungsvorgangs, bei deren Verstoß sich der Zahlungsdienstleister gegenüber dem Zahlungsdienstnutzer nach nationalem Recht regelmäßig schadensersatzpflichtig macht. Zwar bestimmt Art.59 I ZDR, dass der Zahlungsdienstleister die Authentifizierung eines Zahlungsvorgangs im Rahmen der Beweisführung über die Autorisierung eines Zahlungsvorgangs nachzuweisen hat. Kann der Zahlungsdienstleister diesen Beweis nicht erbringen, gilt der Zahlungsvorgang als unautorisiert und es greifen die Art.60 f. ZDR.

Die beweisrechtliche Berücksichtigung der Authentifizierungsverpflichtung hilft jedoch nicht darüber hinweg, dass ihre Verletzung durch den Zahlungsdienstleister in Art.60 f. ZDR in keinerlei Weise materiell-rechtlich in Form haftungsrechtlicher Sanktionierung beachtet wird. Den Pflichtwidrigkeitsvorwurf mangelhafter Authentifizierung können die Mitgliedstaaten zulasten des Zahlungsdienstleisters lediglich durch Herabsetzung der Haftung des Zahlungsdienstnutzers in den Grenzen des Umsetzungsspielraums von Art.61 III ZDR berücksichtigen.

Um die bestehenden Rechtsunsicherheiten aus dem Fehlen eines einheitlichen Katalogs beiderseitiger Vertragspflichten auszuräumen, sind insbesondere zwei Gangarten vorstellbar: Auf nationaler Ebene verbleibt dem mitgliedstaatlichen Gesetzgeber zum einen die Möglichkeit der positivrechtlichen Fixierung einer abschließenden Liste von Sorgfaltspflichten von Zahlungsdienstleister und Zahlungsdienstnutzer. Einer nationalen Lösung würde allerdings der Makel anhaften, nicht die Uneinheitlichkeiten zwischen den Mitgliedstaaten im europäischen Rechtsraum beheben zu können. Zum anderen könnte die Festlegung eines einheitlichen Pflichtenkatalogs von den nationalen oder europäischen Bankverbänden durch ein verbindliches Übereinkommen erwirkt werden. Anzuregen

¹⁰⁵⁸ Als Beispiel „extensiver richterlicher Vertragsauslegung“ genannt sei die Annahme der Meldepflicht des Zahlungsdienstnutzers bei Verlust seiner Ausweispapiere nach deutscher Rspr. (BGH WM 1967, 1142, 1143).

¹⁰⁵⁹ Zum Inhalt der genannten Sorgfaltspflichten vgl. oben in Kap.3 B. II. 2. b.

¹⁰⁶⁰ Vgl. Art.61 V ZDR.

wäre insofern die Aufnahme einer entsprechenden Zielvorgabe in die SEPA-Initiative der europäischen Bankwirtschaft.

e. Die Abgrenzung verschiedener Verschuldensgrade

An die zuvor genannte Problematik der Bestimmung der Sorgfaltspflichten des Zahlungsdienstnutzers schließt sich das Abgrenzungsproblem zwischen schuldlosem und schuldhaftem Verhalten sowie zwischen den unterschiedlichen Verschuldensgraden an. Ob und in welcher Ausprägung dem Zahlungsdienstleister und vor allem dem Zahlungsdienstnutzer Fahrlässigkeit vorzuwerfen ist, wird sich auch nach Umsetzung der Richtlinie nach mitgliedstaatlichem Recht bestimmen,¹⁰⁶¹ das sich zur Abgrenzung der unterschiedlichen Verschuldensgrade regelmäßig äußerst unbestimmter Rechtsbegriffe bedient.¹⁰⁶² Auch die uneinheitliche Einzelfallrechtsprechung trägt wenig zur Konturierung des Fahrlässigkeitsbegriffs und der verschiedenen sehr haftungsrelevanten Fahrlässigkeitsgrade bei.¹⁰⁶³ Das Nebeneinander aller mitgliedstaatlichen Begrifflichkeiten samt jeweiliger Judikatur führt bei gesamteuropäischer Betrachtung schließlich zu einer erheblichen Intransparenz und Unvorhersehbarkeit von Haftungsfolgen.

Zugegebenermaßen sind allgemeingültige und auf sämtliche Missbrauchssachverhalte anwendbare Formeln für Fahrlässigkeit und ihre verschiedenen Ausprägungen anders als durch Verwendung unbestimmter Rechtsbegriffe schwer vorstellbar. Um der Verschärfung des Problems durch die Vielzahl unterschiedlicher nationaler Begrifflichkeiten und deren Auslegung in der mitgliedstaatlichen Judikatur entgegenzuwirken, ließe sich jedoch zumindest eine für den gesamten Gemeinschaftsraum einheitliche Terminologie festlegen. Gleichwohl ergeht aus Erwägungsgrund 33 ZDR ein erkennbar abweichender Wille des Gemeinschaftsgesetzgebers. Das Zögern des Gemeinschaftsgesetzgebers bei der Schaffung einheitlicher Begrifflichkeiten wird sich nicht zuletzt darauf zurückführen lassen, dass bisher weder im Primär- und Sekundärgemeinschaftsrecht noch in der Rechtsprechung des EuGH differenzierte einheitliche Verschuldensbezeichnungen entwickelt wurden¹⁰⁶⁴ und neue Begriffsbestimmungen auch auf bereits bestehendes Gemeinschaftsrecht schwer absehbare Auswirkungen hätten.

f. Abschließende Betrachtung zur Rechtssicherheit

Zwar können die Richtlinienregelungen nicht alle voranstehend beleuchteten besonders markanten nationalen Streitstände vollumfänglich aufklären und Rechtsunsicherheiten beheben. Der Zugewinn an Rechtssicherheit bemisst sich jedoch nicht ausschließlich nach der Behebung bestehender nationaler Defizite. Betrachtet man das Gebot der Rechtssicherheit im Kontext der Europäischen Integration, gebietet es über die nationalen Grenzen hinaus die gemeinschaftsweite Vorherseh- und Berechenbarkeit von Recht.¹⁰⁶⁵ Dem wirkt das Zusammenleben aller derzeit 27 unterschiedlichen mit-

¹⁰⁶¹ Vgl. Erwägungsgrund 33 ZDR.

¹⁰⁶² Zur groben Fahrlässigkeit im deutschen Recht Staudinger/Löwisch, § 276 Rn.92 f; im englischen Recht *Charlesworth/Percy*, On Negligence, S.9 Rn.1-15; im spanischen Recht *de Montua/Monot*, Tratado de Derecho Civil I, S.334.

¹⁰⁶³ Während die Unterscheidung zwischen einfacher Fahrlässigkeit (*negligence*) und grober Fahrlässigkeit (*gross negligence*) im englischen Recht bei der Anwendung der Haftungsprivilegierung des *Banking* und des *Business Banking Code* entscheidende Bedeutung zukommt (§ 12.11 S.2 BC, vgl. ausf. oben in Kap.2 B. III. 3. b. 2.) c.), ist sie auch in Deutschland und Spanien häufig rahmenvertraglicher Anknüpfungspunkt für eine volle Haftung des Zahlungsdienstnutzers.

¹⁰⁶⁴ Vgl. ausf. *Wurmnest*, Grundzüge eines europäischen Haftungsrechts, S.153 ff; zur Judikatur des EuGH *Mag-nus/Wurmnest*, Casebook Europäisches Haftungs- und Schadensrecht, S.113 ff., 121, 145 ff.

¹⁰⁶⁵ *Von Arnould*, Rechtssicherheit, S.498; *Hammer-Stirnad*, Das Bestimmtheitsgebot als allgemeiner Rechtsgrundsatz, S.14.

gliedstaatlichen Rechtsordnungen naturgemäß entgegen, indem ihm insbesondere in grenzüberschreitenden Sachverhalten erhebliche Transparenzeinbußen entspringen. Indem die Zahlungsdiensterichtlinie ein detailliertes harmonisierendes Missbrauchshaftungsregime bereitstellt, wird jedenfalls in diesen grenzüberschreitenden Sachverhalten die Vorherseh- und Berechenbarkeit der Missbrauchshaftung gefördert. Flankiert wird die Verlässlichkeit der harmonisierten Haftungsordnung durch den grundsätzlich zwingenden Charakter der Richtlinienregelungen, sodass eine Fragmentierung der harmonisierten Bestimmungen nach Schaffung der nationalen Umsetzungsgesetze durch individuelle vertragliche Abbedingung weitgehend ausgeschlossen ist.¹⁰⁶⁶ Zudem ist auch die nationale Zersplitterung des Haftungsrechts durch individuelle mitgliedstaatliche Umsetzung aufgrund des eng gefassten *numerus clausus* der von den Grundregelungen der Richtlinie abweichenden mitgliedstaatlichen Umsetzungsoptionen nicht zu befürchten.¹⁰⁶⁷

Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass die Harmonisierungsregelungen ohne Ausschöpfung ihres gesamten Potentials in Hinblick auf die Ausräumung von Rechtsunsicherheiten ein Zugewinn für die Rechtssicherheit in der Europäischen Gemeinschaft ist.

3. Verminderung des Missbrauchsaufkommens

Missbrauch schwächt die Funktionalität des Zahlungsverkehrs. Da er nicht selten durch nachlässiges Verhalten von Bank und Kunde ermöglicht wird, ist erklärtes Ziel der Haftungsrisikoverteilung die Reduzierung des Missbrauchsaufkommens durch Anreizschaffung zu missbrauchspräventivem Verhalten sowohl beim Zahlungsdienstleister als auch beim Zahlungsdienstnutzer.¹⁰⁶⁸ Zu klären ist zunächst die generelle Eignung von Haftungsregelungen zur Anreizschaffung und Einflussnahme auf das Verhalten der Betroffenen. Anschließend werden die Richtlinienbestimmungen im Konkreten auf ihre Tauglichkeit zur Minderung des Missbrauchsaufkommens geprüft.

a. Haftung als geeignete Maßnahme zur Missbrauchsprävention

Nach traditionellem Verständnis verfolgt das Haftungsrecht vorrangig den Ausgleichsgedanken, in dem der Geschädigte von einer Schadenslast befreit wird, die statt ihm der Schädiger zu tragen hat.¹⁰⁶⁹ Zwar wird neben dieser Ausgleichswirkung auch die Präventivwirkung zur Abwehr zukünftiger Schäden begrüßt. Der auf einer „erzieherischen und abschreckenden Wirkung“¹⁰⁷⁰ des Haftungsrechts beruhende schadenspräventive Erfolg versteht sich nach traditioneller Auffassung jedoch lediglich „als ein in vielen Fällen erwünschtes Nebenprodukt der Schadensersatzpflicht“.¹⁰⁷¹ Indem die Erwägungsgründe 31, 32 und 34 der Richtlinie die Präventionswirkung jedoch ausdrücklich zur Zielvorgabe erklären, kehrt der Gemeinschaftsgesetzgeber von diesem traditionellen Verständnis ab und rückt die Missbrauchsprävention in den Fokus seiner Bestrebungen.

Zur Herbeiführung der missbrauchspräventiven Wirkung durch Haftungszuordnung bedient sich der Gemeinschaftsgesetzgeber einer Technik, die an das in der Ökonomie beheimatete Prinzip der *Internalisierung externer Effekte* erinnert:¹⁰⁷²

¹⁰⁶⁶ Der zwingende Charakter der Vorschriften ergeht aus einem Umkehrschluss aus Art.51 ZDR sowie aus Erwägungsgrund 20. Zu den einzelnen dispositiven Bestimmungen siehe oben in Kap.3 B. III.

¹⁰⁶⁷ Siehe zu den einzelnen mitgliedstaatlichen Umsetzungsoptionen ausf. oben in Kap.3 B. IV.

¹⁰⁶⁸ Vgl. Erwägungsgründe 31, 32 und 34 ZDR.

¹⁰⁶⁹ *Deutsch*, Haftungsrecht I, S.73; *Mertens*, Der Begriff des Vermögensschadens, S.98.

¹⁰⁷⁰ *Mertens*, Der Begriff des Vermögensschadens, S.109; *Larenz*, Lehrbuch des Schuldrechts I, S.423.

¹⁰⁷¹ So *Larenz*, Lehrbuch des Schuldrechts I, S.423; für das spanische Haftungsrecht so auch *de Angel Yáñez*, Tratado de responsabilidad civil, S.60; im englischen Recht ähnlich *Tettenborn*, The Law of Damages, S.18 Rn.141 f.

¹⁰⁷² Vgl. ausf. *Mankiw*, Grundzüge der Volkswirtschaftslehre, S.222 ff., insbes. S.232 ff.; *Cezanne*, Allgemeine Volkswirtschaftslehre, S.223 ff.

Drittmisbrauch im bargeldlosen Zahlungsverkehr entsteht als von den Betreibern ungewolltes und der Volkswirtschaft abträgliches Produkt aus dem Betrieb bargeldloser Zahlungssysteme durch die Kreditwirtschaft. Aus dem Drittmisbrauch entstehen regelmäßig verschiedene volkswirtschaftlich relevante Kosten.¹⁰⁷³

In die Gewinnkalkulation des Betreibers gehen beim Betrieb bargeldloser Zahlungssysteme allerdings nur solche Kosten ein, die bei ihm selbst anfallen. Andere Kosten bleiben grundsätzlich unberücksichtigt.¹⁰⁷⁴ Diese „externen Kosten“ werden in ökonomischer Terminologie bezeichnet als „negative externe Effekte“.¹⁰⁷⁵ Aus volkswirtschaftlicher Perspektive ist es Aufgabe des Staates, mit dem Ziel einer gesamtwirtschaftlich optimalen Ressourcenallokation diese negativen externen Effekte zu internalisieren, das heißt, entsprechende Maßnahmen zu treffen, um sämtliche Kosten in den Kalkül des Kostenverursachers eingehen zu lassen¹⁰⁷⁶ und dadurch sein privates, für die Entscheidung zur Kostenverursachung maßgebliches Kosten-Nutzen-Optimum dem gesamtwirtschaftlichen Kosten-Nutzen-Optimum anzunähern. Die hauptsächlichen staatlichen Internalisierungsmaßnahmen sind Auflagen, Abgaben und Zertifikate. Ein Vorteil der Abgaben und Zertifikate gegenüber Auflagen ist ihre Anreizwirkung beim Kostenverursacher zur Vermeidung der negativen externen Effekte.¹⁰⁷⁷ Als Gewinnmaximierer kann er seine Kosten senken, wenn es ihm gelingt eine Technik einzusetzen, die günstiger ist als die Abgaben oder seine Ausgaben für die Erlangung der Zertifikate. Die Anreizwirkung einer Haftungszuordnung ist vergleichbar mit derjenigen einer Abgabe, nach welcher der Verursacher pro definierte Kosteneinheit eine vorgeschriebene Abgabe zu zahlen hat.¹⁰⁷⁸ Kann der Haftende durch bestimmte haftungsmindernde technische Ausstattungen oder durch eigenes Verhalten die eigenen Haftungskosten senken, wird er eine Technik einsetzen bzw. eine Verhaltensweise annehmen, die günstiger ist als die Haftungskosten ohne Rückgriff auf die kostensenkenden Maßnahmen. Anders als bei der konsequenten Anwendung des Prinzips der Internalisierung externer Effekte werden bei der Haftungsrisikozuordnung allerdings nicht alle volkswirtschaftlichen Kosten in das Gewinnmaximierungskalkül des Haftenden einbezogen, sondern nur bestimmte rechtlich definierte Schadenspositionen. Die Richtlinienhaftung operiert vornehmlich mit der Zuordnung des Verlusts des missbräuchlich umgesetzten Zahlungsbetrags sowie darüber hinausgehender Schäden des Zahlungsdienstnutzers, deren Geltendmachung nach dem auf

¹⁰⁷³ In diesem ökonomischen Kontext sind unter Kosten nicht Ausgaben zu verstehen, sondern entgangene Nutzwerte (Opportunitätskosten), denen auch immaterielle Schäden zuzurechnen sind (*Schäfer/Ott*, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts, S.129). Unterscheiden lassen sich Primär-, Sekundär- und Tertiärkosten (*Calabresi*, The costs of accidents, S.26 ff.). Während Primärkosten alle Schäden bei den Opfern einer Schädigung erfassen, bezeichnen Sekundärkosten die Differenz zwischen dem Nutzen beim versicherten Einkommen und dem Erwartungsnutzen bei unversichertem (wenn auch höherem) Einkommen (*Bender*, Ökonomische Analyse der öffentlich-rechtlichen Störerhaftung, S.131). Tertiärkosten sind alle Schäden, die bei eingetretenem Schaden zur Abwicklung und Verteilung dieses Schadens entstehen (*Schäfer/Ott*, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts, S.140). Neben dem eigentlichen Verlust des Geldbetrages bei den Beteiligten entstehen aus einem Missbrauchsvorgang vor allem Primärkosten in Form des Zeitaufwands für seine Bearbeitung, die daraus resultierende Verringerung der Gewinnerwirtschaftung und Produktivität der Beteiligten, Freizeiteinbußen, durch Finanzengpässe und verminderte Kaufkraft verursachte negative Beeinträchtigung des persönlichen Befindens sowie familiäre Zerwürfnisse etc. Des Weiteren ergeben typischerweise tertiäre Kosten aus polizeilichen und staatsanwaltlichen Ermittlungen sowie zivilen und strafrechtlichen Gerichtsverfahren.

¹⁰⁷⁴ *Cezanne*, Allgemeine Volkswirtschaftslehre, S.34.

¹⁰⁷⁵ *Mankiw*, Grundzüge der Volkswirtschaftslehre, S.224 f.; *Cezanne*, Allgemeine Volkswirtschaftslehre, S.34.

¹⁰⁷⁶ *Cezanne*, Allgemeine Volkswirtschaftslehre, S.34.

¹⁰⁷⁷ Ausf. zu den Vorzügen und Nachteilen der verschiedenen Maßnahmen *Cezanne*, Allgemeine Volkswirtschaftslehre, S.55 ff.

¹⁰⁷⁸ *Cezanne*, Allgemeine Volkswirtschaftslehre, S.56.

den Vertrag zwischen Zahlungsdienstnutzer und Zahlungsdienstleister anwendbaren Recht zulässig ist.¹⁰⁷⁹

Haftung lässt sich insofern verstehen als „indirekte Verhaltenssteuerung“,¹⁰⁸⁰ deren Präventionspotential in der Anreizschaffung für schadenspräventives Verhalten bei den Beteiligten liegt.¹⁰⁸¹ Offensichtlich liegt der Drittmissbrauch allerdings vornehmlich in der Hand eines unberechtigten Dritten, sodass Zahlungsdienstleister und Zahlungsdienstnutzer nur mittelbar auf den Missbrauch einwirken können. Dem Präventionspotential des Verhaltens von Zahlungsdienstleister und Zahlungsdienstnutzer tut diese Mittelbarkeit jedoch keinen Abbruch: Ist der Umgang des Zahlungsdienstnutzers mit einem Zahlungsinstrument geprägt von Gewissenhaftigkeit und Vorsicht und stellt die Bank ihrerseits eine missbrauchsunzugängliche Sicherheitsstruktur bereit, lässt sich die Gefahr des Missbrauchs durch dieses Zusammenspiel schadenspräventiven Verhaltens durch die Beteiligten weitgehend ausschließen. Zu prüfen ist also, ob die Haftungsregelungen sowohl Zahlungsdienstnutzer als auch Zahlungsdienstleister zu missbrauchspräventivem Verhalten anregen. Aus dem Wertungsblickwinkel der Missbrauchsminimierung wäre es zu begrüßen, die Haftungsordnung dergestalt festzulegen, dass jede haftungszuordnende Regelung Missbrauchspräventionskraft entfaltet.

b. Verhaltenssteuerung des Zahlungsdienstnutzers

Anders als bei der *normativen* wohlfahrtsökonomischen Analyse, die im vorliegenden Beitrag hinter den ausdrücklichen politischen Zielvorgaben des Gemeinschaftsgesetzgebers als Bewertungsgrundlage für die Haftungsregelungen der Richtlinie zurücktreten musste,¹⁰⁸² ist der Rückgriff auf die Erkenntnisse der sogenannten *positiven* ökonomischen Theorie bei der Analyse der Verhaltenssteuerung des Zahlungsdienstnutzers durchaus gewinnbringend. Statt Aussagen über die Vorzugswürdigkeit des einen oder anderen Haftungsmodells unter Gesichtspunkten der wohlfahrtsökonomischen Effizienz zu treffen, konzentriert sie sich auf eine wertungsneutrale Folgenanalyse des Rechts sowie die Prognose und Erklärung von Verhalten.¹⁰⁸³

1.) Die rational-choice-Annahme

Im Mittelpunkt der positiven ökonomischen Theorie steht der Mensch als „*homo oeconomicus*“. Das von der „*rational-choice*-Annahme“ geprägte Modell geht im Wesentlichen von drei Prämissen aus: Menschen handeln rational, indem sie (1.) unter Berücksichtigung ihrer individuellen Präferenzordnung und (2.) unter der optimalen Menge an Informationen und anderer Inputs (3.) danach streben ihren Nutzen zu maximieren.¹⁰⁸⁴

Die Grundannahme der Steuerungswirkung einer verhaltensorientierten Haftungsordnung auf Grundlage dieses „neoklassischen Verhaltensmodells“¹⁰⁸⁵ ist leicht zu erfassen: Als Nutzenmaximierer strebt der potenziell Haftende an, zum Schutze seines begrenzten Vermögens haftungsbegründendes Verhalten zu vermeiden, sofern nicht der Vermeidungsaufwand größer ist als die Haftungsfolgekosten.

¹⁰⁷⁹ Art.60 II ZDR; zur Beschränkung der Regelung auf Schäden des Zahlungsdienstnutzers vgl. oben in Kap.3 B. 3. a.

¹⁰⁸⁰ Die Steuerungsintensität staatlicher bzw. hoheitlicher Steuerungsinstrumente lässt sich unterscheiden nach direkter Verhaltenssteuerung (z.B. Gebote und Verbote), indirekter Verhaltenssteuerung (positive und negative Anreizschaffung) und eigener Leistungserbringung in Bereichen, in denen ein privates Leistungsangebot fehlt oder nicht ausreicht (vgl. *Schuppert*, Verwaltungswissenschaft als Steuerungswissenschaft, S.65, 71).

¹⁰⁸¹ *Kötz*, FS-Steindorff, S.643, 645 f.

¹⁰⁸² Siehe oben unter Kap.3 C. I. 2.

¹⁰⁸³ *Lüdemann*, Die Grenzen des homo oeconomicus und die Rechtswissenschaft, S.7, 11 f.

¹⁰⁸⁴ *Englerth*, Behavioral Law and Economics – eine kritische Einführung, S.60, 63.

¹⁰⁸⁵ Vgl. *Englerth*, Behavioral Law and Economics – eine kritische Einführung, S.60, 63.

Nicht zuletzt wegen seiner puristischen Grundannahmen steht das *rational-choice*-Modell allerdings in der Kritik. Ihm wird entgegengehalten, eine Reduktion menschlicher Eigenschaften auf die Nutzenmaximierung sei mit der Natur des Menschen schlechthin unvereinbar;¹⁰⁸⁶ das durch den *homo oeconomicus* geschaffene Menschenbild sei insofern unterkomplex¹⁰⁸⁷ und von wirtschaftlichen nicht auf juristische Fragestellungen übertragbar.¹⁰⁸⁸

Insbesondere der Kritikpunkt der Unterkomplexität des *homo oeconomicus* ist nicht von der Hand zu weisen, denn die menschliche Entscheidungsfindung orientiert sich über die Nutzenmaximierung hinaus an einer Vielzahl unterschiedlicher und im Einzelfall variierender Entscheidungsmotivationen. Dieser Einwand vermag den *homo oeconomicus* allerdings keinesfalls generell aus der Verhaltensanalyse zu suspendieren, schließlich lässt sich nicht leugnen, dass wirtschaftliche Erwägungen bei alltäglichen Entscheidungen des Durchschnittsmenschen gerade in finanziell gewichtigen Sachverhalten häufig erheblichen Einfluss auf die Entscheidungsfindung nehmen. Die Frage nach der Ausprägung des Nutzenmaximierungskalküls verschließt sich allerdings einer Pauschalantwort und muss im Gesamtgefüge des Einzelfalls ermittelt werden.¹⁰⁸⁹

Gestört wird das *rational-choice*-Modell häufig etwa durch individuelle Wertentscheidungen, aufgrund welcher sich menschliches Verhalten nicht ausschließlich an eigenen Vorteilen orientiert, sondern an Fairnessmotiven, Reziprozitätsvorstellungen und sozialen Normen.¹⁰⁹⁰ Mögen diese Anomalien das streng-rationale Verhaltensfundament des *homo oeconomicus* in vielen Sachlagen erschüttern, spielen sie hinsichtlich der Gewissenhaftigkeit und Sorgfalt des Zahlungsdienstnutzers im Umgang mit einem Zahlungsinstrument keine nennenswerte Rolle: Zu erwarten ist weder, dass der Zahlungsdienstnutzer aus individuellen sozialemischen Vorstellungen das Gebot besonders sorgfältigen Verhaltens im Umgang mit seinen Zahlungsinstrumenten herleitet, noch, dass sozial-ethische Erwägungen sein Nutzenmaximierungskalkül irritieren, indem sie ihn zu besonders nachlässigem Verhalten anregen. Vielmehr lässt sich der durchschnittliche Zahlungsdienstnutzer beim Umgang mit einem Zahlungsinstrument vornehmlich von wirtschaftlichen Erwägungen leiten, so dass sein Verhalten grundsätzlich durch finanzielle Sanktionierung steuerbar ist. Ausgeschlossen von dieser Grundannahme ist allerdings der unredliche Zahlungsdienstnutzer. Während die (teilweise) Haftungszuordnung des Missbrauchsschadens das Verhalten eines redlichen Zahlungsdienstnutzers durchaus beeinflussen kann, wird sie auf die Entscheidung eines unredlichen Nutzers für oder gegen betrügerische Aktivitäten wenig Einfluss nehmen. Er wird sich vielmehr an den einschlägigen Bußgeldvorschriften sowie den deliktischen und strafrechtlichen Bestimmungen orientieren.¹⁰⁹¹ Sofern der Gemeinschaftsgesetzgeber die Anreizschaffung zu missbrauchspräventivem Verhalten zur Zielvorgabe erklärt, wird sich dieses Bestreben deshalb vornehmlich auf redliche Zahlungsdienstnutzer beziehen. Vor diesem Hintergrund lassen die nachfolgenden Ausführungen den unredlichen Zahlungsdienstnutzer außer Betracht.

¹⁰⁸⁶ Fezer, JZ 1986, 817, 822 ff.

¹⁰⁸⁷ Lüdemann, Die Grenzen des *homo oeconomicus* und die Rechtswissenschaft, S.7, 14; Roellecke, Rechtstheorie 31 (2000), S.1, 4.

¹⁰⁸⁸ Rittner, JZ 2005, 668, ff.

¹⁰⁸⁹ So auch Lüdemann, Die Grenzen des *homo oeconomicus* und die Rechtswissenschaft, S.7, 16 f.

¹⁰⁹⁰ Magen, Fairness, Eigennutz und die Rolle des Rechts, S.261 ff.

¹⁰⁹¹ Kötz stellt sogar die weitergehende These auf, „dass eine Rechtsordnung sich umso eher einen Verzicht auf die Anreizfunktionen des Haftungsrechts leisten kann, je besser in ihr die Gefahrenprävention durch das Verwaltungs- und Strafrecht entwickelt ist und je weniger es zu Vollzugsdefiziten kommt“ (vgl. Kötz in FS-Steindorff, S.643, 658).

2.) Zur Steuerungswirkung der Haftungsordnung der Richtlinie generell

Die vorstehend zugestandene grundsätzliche Möglichkeit der Verhaltenssteuerung des Zahlungsdienstnutzers durch Zuordnung einer Missbrauchshaftung trifft noch keine Aussagen über die konkrete Steuerungswirkung der Haftungsordnung der Richtlinie. Zunächst mag es zwar nahe liegen, ihr die erwünschte Steuerungswirkung zuzusprechen: Handelt der Zahlungsdienstnutzer sorglos mit dem Zahlungsinstrument, wird dies nach den Richtlinienbestimmungen überwiegend mit Haftung sanktioniert. Da diese in der Regel zu weitaus höherem finanziellen Aufwand führt als der sorgfältige Umgang mit dem Zahlungsinstrument, müssten Vernunft und rationale Erwägungen den durchschnittlichen Zahlungsdienstnutzer zur sanktionsfreien Anwendung der gebotenen Sorgfalt veranlassen. In der Praxis stehen diesen theoretischen Erwägungen jedoch Hindernisse entgegen, für welche die Zahlungsdiensterichtlinie keine oder nur unzureichende Lösungen bereithält:

Zum einen setzt die *rational-choice*-Annahme voraus, dass der Zahlungsdienstnutzer mit den für eine rationale Entscheidungsfindung erforderlichen Informationen versorgt ist (Prämisse 2). Ohne genaue Kenntnis über die Haftungsrisikoverteilung, die Sorgfaltspflichten sowie die dem Zahlungsverkehr immanenten Gefahren und Missbrauchsrissen kann der Zahlungsdienstnutzer keine eindeutige individuelle Präferenzordnung zwischen dem sorgfältigen Umgang mit dem Zahlungsmittel und dem bei unsorgfältiger Verwahrung drohenden Haftungsrisiko aufstellen (Prämisse 1).

Freilich sieht die Richtlinie im dritten Titel gewisse Informationspflichten des Zahlungsdienstleisters gegenüber dem Zahlungsdienstnutzer vor, die sich auch auf die Haftungsregelungen für unautorisierte Zahlungen erstrecken.¹⁰⁹² Der Zahlungsdienstleister ist insofern verpflichtet, dem Nutzer die Vertragsmodalitäten „klar und verständlich“ mitzuteilen.¹⁰⁹³ So erstrebenswert diese Vorgabe erscheint, so wenig Erfolg verspricht sie hinsichtlich einer optimalen Informationsversorgung beim Zahlungsdienstnutzer: Bislang wurden die Standardverträge in der Bankgeschäftspraxis üblicherweise mit einer Vielzahl komplexer und juristisch verklausulierter Geschäftsbedingungen versehen, die durch die Informationsflut das Informationsdefizit des Verbrauchers nicht schmälern, sondern eher nähren.¹⁰⁹⁴ Selbst wenn jede einzelne der Geschäftsbedingungen bei gewissenhaftem Studium auch für den Durchschnittszahlungsdienstnutzer möglicherweise „klar und verständlich“ ist, so überfordert zumindest die Vielzahl der Geschäftsbedingungen den überwiegenden Teil der Zahlungsdienstnutzer intellektuell. Bereits aus sich heraus ist die Haftungsrisikoverteilung der Richtlinie naturgemäß aufgrund ihrer juristischen Komplexität für den Durchschnittsverbraucher kaum erfassbar zu machen.¹⁰⁹⁵ Abgedruckt in Textform, in der Praxis häufig in geringer Schriftgröße und eingebettet in das übrige schwer verständliche Vertragsklauselwerk erleidet der durchschnittliche Zahlungsdienstnutzer einen *information overload*.¹⁰⁹⁶ Nur die wenigsten Zahlungsdienstnutzer werden den Vertrag umfänglich verstehen, geschweige denn studieren und sich die einzelnen Pflichten und Haftungsbedingungen einprägen. Gerade bei Bankverträgen, in denen der Kunde mit einer Unterschriftensituation konfrontiert wird, die er in der Regel vorzugsweise rasch hinter sich zu bringen wünscht, liest der durchschnittliche Bankkunde die allgemeinen Geschäftsbe-

¹⁰⁹² Vgl. insbes. Art.41, 42 Nr.5 ZDR.

¹⁰⁹³ Art.41 I ZDR.

¹⁰⁹⁴ Vgl. zur Beschränktheit der menschlichen Informationsaufnahme Eidenmüller, JZ 2005, S.216, 218.

¹⁰⁹⁵ Siehe zu den kognitiven Fähigkeiten und Grenzen des Durchschnittsmenschen ausf. Englerth, Behavioral Law and Economics, S.60, 90 ff.

¹⁰⁹⁶ Vgl. Eidenmüller, JZ 2005, S.216, 221.

dingungen häufig nicht einmal durch.¹⁰⁹⁷ Der Wunschgedanke eines umfänglich informierten Zahlungsdienstnutzers ist insofern Utopie.¹⁰⁹⁸

Eingeschränkt wird die *rational-choice*-Theorie zum anderen von der der menschlichen Natur inhärenten Neigung zur Selbstüberschätzung (*over-confidence-bias*).¹⁰⁹⁹ Selbst wenn Menschen grundsätzlich imstande sind, Risiken abstrakt rational und fehlerfrei zu kalkulieren, glauben sie, dass ihnen persönlich Gefahren mit unterdurchschnittlicher Wahrscheinlichkeit drohen.¹¹⁰⁰ Nach eigener Einschätzung wird jemand selbst von Missbrauch seltener betroffen sein als seine Mitmenschen. Die eigene Fähigkeit, Missbrauchssituationen kontrollieren zu können, wird der Zahlungsdienstnutzer stets zu hoch und die Missbrauchswahrscheinlichkeit in Bezug auf die eigene Person zu gering bewerten.¹¹⁰¹

Diese Verklärung der Missbrauchsgefahr in Bezug auf die eigene Person wird flankiert von der Werbepolitik der Banken, die es aus Marketing- und rechtspolitischen Gründen nicht unterlassen, die Sicherheit der Zahlungssysteme trotz der imposanten Missbrauchshäufigkeit anzupreisen und dadurch das Informationsdefizit beim Zahlungsdienstnutzer über die Sicherheitslücken in der technischen Infrastruktur vergrößern. Weder ist der Zahlungsdienstnutzer von sich aus über die hohe Missbrauchsgefahr informiert noch trifft die Richtlinie ergiebige Regelungen zur Behebung dieses Informationsdefizits.

Vor diesem Hintergrund kann die *rational-choice*-Annahme nicht uneingeschränkt greifen. Mangels umfänglicher Aufklärung in Hinblick auf die haftungsrelevanten Zusammenhänge kann der Verbraucher keine umfassend rationale Entscheidung treffen. Sein Entscheidungsverhalten wird sich vielmehr leiten lassen von Heuristik und kognitiver Simplifizierung.¹¹⁰² Ohne genaue Kenntnis von Haftungsordnung und vertraglichen Sorgfaltspflichten weiß oder vermutet der durchschnittliche Zahlungsdienstnutzer zumindest unkonturiert, dass er für gewisse Sorglosigkeiten einzustehen hat.¹¹⁰³ Um eine finanzielle Belastung zu umgehen, wird er sein Verhalten intuitiv an individuellen Sorgfaltsvorstellungen ausrichten und dabei nicht selten im Einklang mit vertraglichen und rechtlichen Verhaltensgeboten agieren. Im Gesamtbild wirkt die Umsetzung individueller Sorgfaltsvorstellungen deshalb gleichwohl missbrauchspräventiv. Versucht der durchschnittliche Zahlungsdienstnutzer nach Maßgabe eigener Sorgfaltserwägungen Missbrauch zu vermeiden, um sich schadlos zu halten, erhöht sich hierdurch das Gesamtniveau angewandter Sorgfalt.

¹⁰⁹⁷ Rösler, Europäisches Konsumentenvertragsrecht, S.154 f.

¹⁰⁹⁸ Vgl. zur generellen Kritik am Verbraucherschutz mittels Informationsbeschaffung bereits die ausf. Beiträge aus den siebziger Jahren von *Simitis* (Verbraucherschutz, Schlagwort oder Rechtsprinzip?, S.107 ff.) und *Reich* (Markt und Recht, S.198 ff.).

¹⁰⁹⁹ Eidenmüller, JZ 2005, 216, 218.

¹¹⁰⁰ Englerth, Behavioral Law and Economics, S.60, 95.

¹¹⁰¹ Erfragt man bei Ehegatten jeweils den Anteil eigens ausgeführter Hausarbeit ergibt die Summe regelmäßig über 100 %; 96 % befragter Professoren behaupteten, überdurchschnittlich gute Professoren zu sein (Beispiele und Zahlen aus Eidenmüller, JZ 2005, 216, 218); obwohl die meisten US-Amerikaner Kenntnis von der 50-prozentigen Scheidungsrate in den USA haben, beziffert die ganz überwiegende Zahl der frisch getrauten Paare die Wahrscheinlichkeit des Scheidens ihrer eigenen Ehe mit null Prozent; auf die Frage, ob gute oder schlechte Ereignisse in ihrem Leben wahrscheinlicher eintreten würden als im Leben ihrer Kommilitonen, gab die Mehrheit der Studenten einer Studie an, Positives werde ihnen mit überdurchschnittlicher und Negatives mit unterdurchschnittlicher Wahrscheinlichkeit zustoßen; die einzige Gruppe, welche die sie selbst betreffenden Risiken realistisch einzuschätzen vermochten, war diejenige der chronisch Depressiven (diese zuletzt aufgeführten Beispiele und Zahlen aus Englerth, Behavioral Law and Economics, S.60, 96); vor dem Hintergrund soziokultureller Unterschiede ist freilich zu hinterfragen, ob diese US-amerikanischen Studien auf den europäischen Raum ohne Weiteres übertragbar sind.

¹¹⁰² Vgl. ausf. zu unterschiedlichen Arten von Heuristik in der „Behavioral-Law-and-Economics-Forschung“ Englerth in Behavioral Law and Economics, S.60, 92 ff.).

¹¹⁰³ Nach Sachverhaltssimplifizierung wird der leicht überforderte Verbraucher die Handlungsoptionen nur noch unter minimierten Kriterien, vornehmlich durch Rückgriff auf Schlüsselinformationen (sog. *chunks*), vergleichen (Rösler, Europäisches Konsumentenvertragsrecht, S.153).

3.) Zu den Haftungselementen im Einzelnen

Im Folgenden werden die einzelnen Haftungselemente, die dem Zahlungsdienstnutzer eine Missbrauchshaftung auferlegen, dahingehend geprüft, ob einerseits sorgloses und damit missbrauchförderndes Verhalten des Zahlungsdienstnutzers lückenlos zu haftungsrechtlicher Sanktionierung führt und andererseits die dem Zahlungsdienstnutzer zugewiesene Haftung aus Gründen der missbrauchspräventiven Verhaltenssteuerung geboten ist.

a.) Die Haftung des Zahlungsdienstnutzers gemäß Art.61 I Alt.1 ZDR

Die Haftung des Zahlungsdienstnutzers i.H.v. bis zu 150 Euro infolge eines unautorisierten Zahlungsvorgangs, der durch Nutzung eines verlorenen oder gestohlenen Zahlungsinstruments entsteht (Art.61 I Alt.1 ZDR), setzt nicht zwingend missbrauchsbegünstigendes Verhalten des Zahlungsdienstleisters voraus. Vor allem bei Diebstahl des Zahlungsinstruments liegt es oft nicht in der Hand des Zahlungsdienstnutzers diesen zu verhindern. Handelt aber der Zahlungsdienstnutzer selbst nicht missbrauchsfördernd, kann die Haftungszuordnung ihn auch nicht zur Aufgabe missbrauchsfördernden Verhaltens motivieren. Aus dem Blickwinkel der Missbrauchsprävention ist eine Haftungszuordnung zulasten des Zahlungsdienstnutzers nur förderlich, wenn er sich vom erwünschten Benehmen abweichend verhält. Freilich sind indes zahlreiche Diebstahlsachverhalte denkbar, denen missbrauchsförderndes Verhalten des Zahlungsdienstnutzers zugrunde liegt. Hierzu gehören insbesondere Diebstahlsituationen, in denen der Zahlungsdienstnutzer das Zahlungsinstrument nicht angemessen vor dem illegitimen Zugriff des Missbrauchstäters geschützt hat. In diesen Sachverhaltskonstellationen ist Missbrauch durch sorgsames Verhalten des Zahlungsdienstnutzers durchaus vermeidbar. Unter dem Vorbehalt der zuvor bezeichneten allgemeinen Störungen der Präventionskraft der Missbrauchshaftung in der Richtlinie (Informationsdefizit des Zahlungsdienstnutzers, *over-confidence-bias* etc.) kann die Zuordnung einer Haftung den Zahlungsdienstnutzer dann grundsätzlich zu entsprechendem Verhalten anregen.

Aus dem Blickwinkel der Missbrauchsprävention ist es in Abweichung von der bestehenden Regelung des Art.61 I Alt.1 ZDR zwar geboten, jedes, aber auch nur solches Verhalten des Zahlungsdienstnutzers mit einer Haftung zu sanktionieren, dem eine Verletzung von Sorgfaltspflichten im Umgang mit Zahlungsinstrumenten zugrunde liegt.

Darüber hinaus wäre es für die Reduzierung der Haftung des Zahlungsdienstnutzers auf das aus dem Blickwinkel der Missbrauchsreduzierung Gebotene gewinnbringend, die Haftung des Zahlungsdienstnutzers dem Verschuldensprinzip zu unterwerfen. Verletzt der Zahlungsdienstleister eine Sorgfaltspflicht, ohne dass ihm Vorsatz oder Fahrlässigkeit vorzuwerfen ist, hat er auf die Verletzung der Sorgfaltspflicht und folglich auf den Missbrauchserfolg und den Schaden regelmäßig keinen Einfluss.

Der kontinentaleuropäischen Rechtstradition folgend wäre es insofern in Hinblick auf die Anreizschaffung beim Zahlungsdienstnutzer zu einem sorgsamem Verhalten lediglich geboten, ihm eine Haftung bei schuldhafter Verletzung einer Sorgfaltspflicht aufzuerlegen.

b.) Die Haftung des Zahlungsdienstnutzers gemäß Art.61 I Alt.2 ZDR

Da die unsichere Aufbewahrung personalisierter Sicherheitsmerkmale Missbrauch fördert, soll der Zahlungsdienstnutzer durch die Haftungszuordnung des Art.61 I Alt.2 ZDR i.H.v. bis zu 150 Euro dazu angehalten werden, die persönlichen Sicherheitsmerkmale sicher zu verwahren. Da mit der unsorgfältigen Aufbewahrung in aller Regel vermeidbare Sorglosigkeit des Zahlungsdienstnutzers einhergeht, ist diese Regelung vorbehaltlich der oben aufgeführten allgemeinen Funktionsstörungen

der Missbrauchspräventionskraft der Richtlinienhaftung grundsätzlich zur Anreizschaffung des missbrauchspräventiven Verhaltens des Zahlungsdienstnutzers geeignet und geboten. Wie bei Art.61 I Alt.1 ZDR ließe sich die Haftung des Zahlungsdienstnutzers durch Kopplung an das Verschuldensprinzip auf das in Hinblick auf erfolgreiche Anreizschaffung Gebotene beschränken.

c.) Die Haftung des Zahlungsdienstnutzers gemäß Art.61 II ZDR

Nichts anderes gilt für die volle Haftung des Zahlungsdienstnutzers wegen vorsätzlicher oder grob fahrlässiger Verletzung einer Pflicht gemäß Art.56 ZDR. Aus dem Blickwinkel der Missbrauchsprävention ist sie geboten, um den Zahlungsdienstnutzer zu missbrauchspräventivem Verhalten anzuregen. Voraussetzung hierfür ist allerdings, dass die regelmäßig vom Zahlungsdienstleister bankvertraglich vorgegebenen Pflichten des Zahlungsdienstnutzers in Bezug auf Zahlungsinstrumente missbrauchspräventiven Charakter haben. Die Verletzung anderweitiger Pflichten in Bezug auf Zahlungsinstrumente haftungsrechtlich zu sanktionieren (z.B. die Rückgabepflicht einer Zahlungskarte nach Beendigung des Vertragsverhältnisses zwischen Zahlungsdienstnutzer und Zahlungsdienstleister) ist zur Anreizschaffung missbrauchspräventiven Verhaltens des Zahlungsdienstnutzers weder geeignet noch geboten.

d.) Keine unverzügliche Anzeige unautorisierter Zahlungsvorgänge, Art.58 ZDR

Die Präklusion des Korrekturanpruchs des Zahlungsdienstnutzers bei nicht unverzüglicher Anzeige eines unautorisierten Zahlungsvorgangs gemäß Art.58 ZDR soll den Zahlungsdienstnutzer zur unverzüglichen Benachrichtigung des Zahlungsdienstleisters anhalten, um die Risiken und Folgen unautorisierter Zahlungsvorgänge gering zu halten.¹¹⁰⁴ Kommt der Zahlungsdienstleister seiner Anzeigeobliegenheit nicht nach, führt die Präklusionswirkung faktisch zur vollen Haftung des Zahlungsdienstnutzers. Missbrauchspräventive Wirkung entfaltet diese Haftungszuordnung vornehmlich hinsichtlich zukünftiger Missbräuche. Erst wenn der Zahlungsdienstleister Kenntnis von einem Missbrauchsvorgang bekommt, kann er zur Vermeidung zukünftiger Missbräuche entsprechende Präventivmaßnahmen ergreifen (z.B. Sperrung oder Austausch des Zahlungsinstruments, Bereitstellung neuer Sicherheitsmerkmale etc.). In einigen Fällen kann der Zahlungsdienstleister zudem nach Kenntnisnahme vom Fehlen der Autorisierung den bereits erfolgten Missbrauch aufdecken und sich beim Täter selbst schadlos halten.

Missbrauchspräventionskraft kann auch diese Regelung nur in Sachverhalten entfalten, denen beeinflussbares Verhalten des Zahlungsdienstnutzers zugrunde liegt. Eine Beschränkung auf solche Sachverhalte gewährleistet das Merkmal der Unverzüglichkeit: Die Haftung trifft den Zahlungsdienstnutzer nur, wenn er den Zahlungsdienstleister nach Feststellung des unautorisierten Zahlungsvorgangs nicht „ohne schuldhaftes Zögern“ unterrichtet.¹¹⁰⁵ Konnte der Zahlungsdienstnutzer die Verzögerung nicht beeinflussen und handelte er in Anwendung gebotener Sorgfalt, scheidet eine Haftung aus.

Um die Haftung des Zahlungsdienstnutzers aus dem Blickwinkel der Missbrauchsprävention auf das erforderliche Maß zu begrenzen, wäre zudem eine Einschränkung der Haftung des Zahlungsdienstnutzers auf solche Sachverhalte zuträglich gewesen, in denen weitere Missbräuche nach dem bereits erfolgten überhaupt noch zu befürchten sind und die Aufklärbarkeit der Sachverhalte nicht offensichtlich ausgeschlossen ist. In anderen Fällen¹¹⁰⁶ ist die unverzügliche Unterrichtung des Zah-

¹¹⁰⁴ Vgl. Erwägungsgrund 31 ZDR.

¹¹⁰⁵ Hierzu siehe ausf. oben in Kap.3 C. IV. 2. d.

¹¹⁰⁶ Etwa wenn der Missbrauchstäter bereits gefasst oder identifiziert wurde.

lungsdienstleisters durch den Zahlungsdienstnutzer aus Gründen der Missbrauchsprävention nicht geboten. Auch eine Präklusion des Berichtigungsanspruchs bei Ausbleiben der unverzüglichen Anzeige ist dann aus dem Blickwinkel der Missbrauchsprävention ebenfalls nicht gewinnbringend.

e.) Die Beweisregelung des Art.59 II ZDR

Eine *anreizschaffende* Wirkung zu sorgsamem und missbrauchspräventivem Verhalten des Zahlungsdienstnutzers ergibt sich aus keiner der verschiedenen in Art.59 II ZDR für zulässig erklärten Beweiserleichterungsvarianten. Während eine Erleichterung im Rahmen der Beweisführung des Zahlungsdienstleisters über die Autorisierung und über betrügerische Absicht des Zahlungsdienstnutzers überhaupt keine anreizrelevante Wirkung auf den Zahlungsdienstnutzer ausübt und aus dem Blickwinkel der Anreizschaffung beim Zahlungsdienstnutzer zu missbrauchspräventivem Verhalten weder geboten noch geeignet ist, kann die Beweiserleichterung beim Nachweis über eine fahrlässige, grob fahrlässige und vorsätzliche Pflichtverletzung des Zahlungsdienstnutzers unter Umständen zumindest gewissermaßen *anreizerhaltende* Wirkung entfalten. Kann der Zahlungsdienstleister seine haftungsrechtlichen Zahlungsansprüche gegen den Zahlungsdienstnutzer nämlich ohne die Beweiserleichterung bei tatsächlichem Vorliegen einer fahrlässigen oder vorsätzlichen Pflichtverletzung in der Prozesspraxis regelmäßig in Ermangelung entsprechender Beweisbarkeit nicht durchsetzen, verliert die materiell-rechtliche Haftung des Zahlungsdienstnutzers ihre anreizschaffende Wirkung. Denn erst wenn der Zahlungsdienstnutzer bei Fahrlässigkeit oder Vorsatz vom Zahlungsdienstleister auch tatsächlich in die Zahlungspflicht genommen werden kann, vermeidet der Zahlungsdienstnutzer zwecks Schadensvermeidung das haftungsrechtlich sanktionswerte fahrlässige bzw. vorsätzliche Verhalten.

Die Beweisbarkeit fahrlässiger bzw. vorsätzlicher Sorgfaltspflichtverletzungen hängt ihrerseits maßgeblich von der technischen Infrastruktur des vom Missbrauch betroffenen bargeldlosen Zahlungsmittels ab, die regelmäßig vom Zahlungsdienstleister bereitgestellt wird. Bietet der Zahlungsdienstleister Zahlungssysteme an, die eine eindeutige Beweisführung über Verwendung und Umgang der Zahlungsinstrumente zulassen, braucht er sich der Beweisregelung des Art.59 II ZDR nicht zu bedienen. Sie strahlt auf den Zahlungsdienstnutzer dann auch keine „anreizerhaltende“ Wirkung aus. Die derzeit etablierten bargeldlosen Zahlungsverkehrssysteme erlauben dem Zahlungsdienstleister jedoch mangels eigener Nachvollziehbarkeit über die Identität des tatsächlichen Verwenders eines Zahlungsinstrumentes und Verwendung und Umgang mit dem Zahlungsmittel häufig keine hinreichend praktikable Beweisführung. Die materiell-rechtlichen Sanktionierungsbemühungen der Richtlinienhaftung entfalten ihre Anreizwirkung beim Zahlungsdienstnutzer deshalb nach derzeitigem technischen Stand der von der Richtlinie erfassten bargeldlosen Zahlungsmittel erst durch die gemäß Art.59 II ZDR gewährleistete tatsächliche Durchsetzbarkeit möglicher Ansprüche des Zahlungsdienstleisters.

Sofern eine mitgliedstaatliche Regelung die Nutzungsaufzeichnungen für die Beweisführung über die Autorisierung des Zahlungsvorgangs bzw. grobe Fahrlässigkeit, Vorsatz oder betrügerische Absicht ausreichen lässt, ist dem Zahlungsdienstnutzer je nach konkreter Ausgestaltung des nationalen Beweisrechts eine Schadloshaltung gegenüber dem Zahlungsdienstleister – unabhängig vom tatsächlichen Vorliegen eigener Sorglosigkeit – unter Umständen nicht mehr möglich.¹¹⁰⁷ Der Zahlungsdienstnutzer haftet deshalb gegebenenfalls trotz Anwendung gebotener Sorgfalt. In diesen Fäl-

¹¹⁰⁷ Richtig erkennt etwa *Timme* bereits die praktischen Schwierigkeit des Bankkunden bei der Erschütterung des Anscheinsbeweises im deutschen Recht, denn der Zahlungsdienstnutzer wird regelmäßig keine Anhaltspunkte über das Missbrauchsgeschehen haben, MDR 2005, 304, 305.

len ist die „faktische“ Haftung des Zahlungsdienstnutzers durch Anwendung des Art.59 II ZDR aus dem Blickwinkel der Anreizschaffung zu einem sorgsamem Verhalten jedoch nicht geboten.

c. Verhaltenssteuerung des Zahlungsdienstleisters

Der Zahlungsdienstleister kann dem Missbrauchsaufkommen durch Verbesserung der Sicherheitsmerkmale von Zahlungsinstrumenten und Zahlungsverkehrsinfrastruktur entgegenreten. Als Teilnehmer auf dem Markt für Finanzdienstleistungen ist sein vorrangiges Ziel die eigene Gewinnerwirtschaftung.¹¹⁰⁸ Im Vergleich zum Zahlungsdienstnutzer basieren seine gewinnorientierten Entscheidungen strenger auf rationalen Erwägungen, die bereits aufgrund seiner Organisationsstruktur naturgemäß nicht durch aus menschlichen Eigenschaften hervorgehende rationalitätsirritierende Verhaltensanomalien beeinträchtigt werden. Das *rational-choice*-Modell kann den Verhaltensprognosen des Zahlungsdienstleisters deshalb vorbehaltloser zugrunde gelegt werden als denjenigen des Zahlungsdienstnutzers.

Entstehen dem Zahlungsdienstleister Gewinnschmälerungen durch Missbrauch, könnte er diesem zur Vermeidung der Verluste durch eine Verbesserung der Sicherheitsinfrastruktur der missbrauchsbetroffenen Zahlungsmittel entgegenreten. Allerdings hätte der Zahlungsdienstleister Kapital zur Entwicklung und Beschaffung entsprechender Sicherheitssysteme zu verwenden, er müsste also investieren.¹¹⁰⁹ Eine solche Investition wird er als Gewinnerwirtschaftler nur tätigen, wenn sie rentabel ist¹¹¹⁰ bzw. Gewinne abwirft,¹¹¹¹ also die in Aussicht stehende „Belohnung“ das zu erbringende „Opfer“ mindestens aufwiegt.¹¹¹² Eine Verbesserung der Sicherheitsstrukturen durch den Zahlungsdienstleister ist folglich nur zu erwarten, wenn der prognostizierte Nutzen aus den technischen Veränderungen (die erwartete Höhe des geldwerten Vorteils aus den vermiedenen Missbrauchsschäden) den zu erwartenden Nachteil in Form der hierfür aufzubringenden Investitionskosten innerhalb eines bestimmten Zeitraums übersteigt.¹¹¹³ Zu berücksichtigen ist dabei, dass der Zahlungsdienstleister wie jeder einzelwirtschaftliche Akteur bei einer Investition vor einem Wahlproblem steht: Statt der (risikobehafteten) Sachinvestition kann er die verfügbaren Finanzierungsmittel am Kapitalmarkt anlegen.¹¹¹⁴ Die Investition in die Sicherheitsinfrastruktur muss deshalb zumindest eine erwartete Rendite in Höhe des realen Zinssatzes einer risikolosen Finanzinvestition am Kapitalmarkt erbringen, um die Wahlentscheidung des Zahlungsdienstleisters zu ihren Gunsten ausfallen lassen zu können (Mindestrendite).¹¹¹⁵

Eine positive Entscheidung des Zahlungsdienstleisters zugunsten einer Investition in die Sicherheitsinfrastruktur bestimmter Zahlungssysteme allein gibt allerdings noch keine Auskunft über ihre konkrete Höhe. Diese bestimmt sich aus dem Vergleich des sogenannten Grenznutzens der Investition mit ihren Grenzkosten. Der Zahlungsdienstleister wird solange in missbrauchsmindernde Techniken investieren, bis die Kosten einer zusätzlichen Einheit an Sicherheitstechnik dem erwarteten Nutzen aus dieser zusätzlichen Einheit entsprechen. Da der Grenznutzen der Investitionen für den Zahlungsdienstleister gerade seine aus dem Missbrauchsaufkommen resultierenden Kosten wi-

¹¹⁰⁸ Eilenberger, Bankbetriebswirtschaftslehre, S.546; Büschgen beschreibt die Gewinnerzielung zumindest als „starke Antriebskraft bankbetrieblichen Handelns“, Bankbetriebslehre, S. 509.

¹¹⁰⁹ Vgl. Wöhe/Bilstein, Grundzüge der Unternehmensfinanzierung, S.2.

¹¹¹⁰ Haredes/Schmitz/Uhly, Grundzüge der Volkswirtschaftslehre, S.392 Rn.10.2.2.3.

¹¹¹¹ Cezanne, Allgemeine Volkswirtschaftslehre, S.301; Woll, Allgemeine Volkswirtschaftslehre, S.437.

¹¹¹² Trautmann, Investitionen, S.1.

¹¹¹³ Taupitz, AcP 196 (1996), 114, 146.

¹¹¹⁴ Haredes/Schmitz/Uhly, Grundzüge der Volkswirtschaftslehre, S.392 Rn.10.2.2.3.

¹¹¹⁵ Haredes/Schmitz/Uhly, Grundzüge der Volkswirtschaftslehre, S.392 Rn.10.2.2.3.

derspiegelt, erhöhen diese *ceteris paribus* das durch den Zahlungsdienstleister angestrebte Sicherheitsniveau.

Begehrt der Gemeinschaftsgesetzgeber eine Verbesserung der technischen Sicherheitsstrukturen der bargeldlosen Zahlungsverkehrssysteme zum Zweck der Missbrauchsprävention und möchte er den Zahlungsdienstleister bestmöglich dazu stimulieren, in Gewinnerwirtschaftungsabsicht dem Missbrauch durch Verbesserung der Sicherheitskonzepte entgegenzuwirken, sollte die Haftungsordnung der Richtlinie den Zahlungsdienstleister eigentlich höchstmöglich belasten, um dessen Kosten und dadurch den Grenznutzen der Investitionen zu erhöhen. Wäre allerdings stets der gesamte missbräuchlich umgesetzte Zahlungsbetrag vom Zahlungsdienstleister zu tragen, bliebe die Anreizschaffung auf Seiten des Zahlungsdienstnutzers vollständig unberücksichtigt, obwohl sie zur umfänglichen Vermeidung von Missbrauch unbedingt erforderlich ist. Schließlich wird sich Drittmisbrauch niemals vollständig ausräumen lassen, wenn nicht auch der Zahlungsdienstnutzer gewisse zahlungsmittelspezifische missbrauchspräventive Verhaltensgebote befolgt, wie etwa den Schutz ihm anvertrauter Sicherheitsmerkmale vor unbefugtem Gebrauch durch Dritte.

Besonderes Augenmerk verdient schließlich Art.59 II ZDR. Lässt das nationale Recht zur Beweisführung über die Autorisierung eines in Streit stehenden Zahlungsvorgangs bzw. über grobe Fahrlässigkeit, Vorsatz oder betrügerische Absicht die Aufzeichnungen des Zahlungsdienstleisters über die Nutzung des Zahlungsinstruments ausreichen, wird der Zahlungsdienstleister Investitionen zur Aufklärung von Missbrauchssachverhalten nicht tätigen: Regelmäßig wird der Zahlungsdienstnutzer einen Entlastungsbeweis über eigene Sorgfalt nicht erbringen können, sodass er auch bei Anwendung der gebotenen Sorgfalt gemäß Art.61 II ZDR voll haftet. Ursächlich für den Missbrauch können etwa raffinierte Betrugsmanöver des Täters sein, von denen der Zahlungsdienstnutzer in aller Regel keine Kenntnis hatte und haben konnte. Die Gewährleistung der Aufklärbarkeit derartiger Sachverhalte würde beim Zahlungsdienstleister statt einer Kostenersparnis zusätzliche Kosten verursachen. Er müsste nicht nur Finanzmittel zur Verbesserung der Beweisbarkeit aufbringen, sondern die verbesserte Beweisbarkeit würde gegebenenfalls zum Verlust materiell-rechtlich unberechtigter Ansprüche führen, deren Durchsetzbarkeit gemäß Art.59 II ZDR wegen Nichterbringbarkeit eines Gegenbeweises vollumfänglicher Sorgfalt durch den Zahlungsdienstnutzer trotz materiell-rechtlicher Unvollkommenheit gewährleistet war. Vor diesem Hintergrund schmälert Art.59 II ZDR den Anreiz beim Zahlungsdienstleister zur Verbesserung der Beweisbarkeit von Missbrauchssachverhalten.¹¹¹⁶

d. Abschließende Betrachtungen zur Minderung des Missbrauchsaufkommens

Die Ermittlung einer beiderseitig optimal anreizschaffenden Haftungsordnung zur Minimierung des Missbrauchsaufkommens ist – zumindest im Rahmen des vorliegenden Beitrags – nicht möglich: Auf Seite des Zahlungsdienstnutzers ist eine genaue Verhaltensprognose im Umgang mit den Sicherheitsmerkmalen bei variierender Festsetzung des Haftungsvolumens nicht zuletzt aufgrund der die *rational-choice*-Annahme störenden Verhaltensanomalien des Zahlungsdienstnutzers nicht erstellbar. Auf der anderen Seite müsste für eine aussagekräftige Gewinnoptimierungsanalyse des durchschnittlichen Zahlungsdienstleisters ein diesen Beitrag sprengendes Datenquantum erhoben und verarbeitet werden, um konkret zu ermitteln, wann die Grenznutzen der Investitionen für die Verbesserung der technischen Sicherheitsstruktur beim Zahlungsdienstleister erreicht sind.

Ohne den Optimalzustand der Haftungsregelungen in Hinblick auf ihre Missbrauchspräventionskraft zu ermitteln, lässt sich im Ergebnis jedoch eine wichtige Erkenntnis festhalten: Wird dem Zah-

¹¹¹⁶ So im Ergebnis auch Hofmann, ZVglRWiss 106 (2007), 174, 190.

lungsdienstnutzer die Haftung zugeordnet, ohne dass sie missbrauchspräventive Wirkung entfaltet, wird das Missbrauchspräventionspotential der Haftungsordnung jedenfalls nicht vollständig ausgeschöpft. Eine solche Haftungszuordnung senkt nämlich die Missbrauchskosten in der Gewinnoptimierungsanalyse des Zahlungsdienstleisters und damit den Grenznutzen der Investitionen für die Verbesserung der Sicherheitsstruktur der Zahlungssysteme, ohne der Anreizschaffung beim Zahlungsdienstnutzer zuträglich zu sein. Eine Zuordnung dieser Kosten zum Zahlungsdienstleister würde dessen Grenznutzen der Investitionen und damit seine Investitionsbereitschaft zugunsten der Systemsicherheit erhöhen, ohne die Anreizwirkung beim Zahlungsdienstnutzer negativ zu beeinträchtigen. Mit anderen Worten: Wird dem Zahlungsdienstnutzer eine Haftung für Missbrauch zugeordnet, die für seine Anreizschaffung nicht geboten ist, wäre es aus der Perspektive der Missbrauchsminderung günstiger, diese dem Zahlungsdienstleister aufzuerlegen, sodass dessen Investitionsbereitschaft in missbrauchspräventive Sicherheitssysteme erhöht wird.

Der gesetzgeberischen Bestrebung nach Missbrauchsreduzierung gegenläufig sind vor diesem Hintergrund insbesondere folgende Haftungstatbestände: Art.61 I ZDR, sofern der Zahlungsdienstnutzer nicht schuldhaft eine Sorgfaltspflicht verletzt hat; Art.61 II ZDR, sofern die Vertragspflichtsverletzung sich nicht auf eine Pflicht bezieht, die tatsächlich missbrauchspräventiven Charakter hat; und Art.58 ZDR, sofern weitere Missbräuche neben dem bereits geschehenen nicht mehr zu befürchten sind.

Die Beweiserleichterung des Art.59 II ZDR gewährleistet auf der einen Seite zwar derzeit die tatsächliche Durchsetzbarkeit der Ansprüche des Zahlungsdienstleisters gegen den Zahlungsdienstnutzer, stört auf der anderen Seite jedoch die Anreizschaffung beim Zahlungsdienstleister, der mangelnden Aufklärbarkeit von Missbrauchssachverhalten durch Systemverbesserungen entgegenzutreten. Aufgelöst werden könnte dieses Dilemma auf mitgliedstaatlicher Ebene durch Schaffung einer gesetzlichen Übergangsregelung: Der nationale Gesetzgeber müsste hierzu eine Beweiserleichterungsregel normieren, ihre Geltungsdauer jedoch bis zu einem in der Zukunft liegenden Stichtag befristen. In zeitlicher Hinsicht müsste die Übergangsregelung dem Zahlungsdienstleister genug Spielraum einräumen, um die eigenen Beweisschwierigkeiten durch Systemverbesserungen (partiell) auszuräumen.

4. Verbraucherschutz

Um zu ergründen, ob die Haftungsregelungen der Zahlungsdiensterichtlinie dem Verbraucherschutz nach Maßgabe des Erwägungsgrundes 34 und 35 tatsächlich zuträglich sind, ist zunächst kurz die Bedeutung und Zielsetzung des Verbraucherschutzes aus Perspektive des europäischen Gesetzgebers zu beleuchten.

Bereits seine selbständige Verankerung in Art.153 EG beweist, dass sich der Verbraucherschutz zu einem selbständigen Politikbereich der Europäischen Gemeinschaft entwickelt hat.¹¹¹⁷ Übergeordnete Ziele dieses Politikbereichs sind der Schutz der Verbraucherinteressen und die Gewährleistung eines hohen Verbraucherschutzniveaus.¹¹¹⁸ Als ein ihnen untergeordnetes Schutzgut ist ausdrücklich die Wahrung der wirtschaftlichen Interessen des Verbrauchers in Art.153 I EG genannt. Diese erfassen insbesondere seine finanziellen Belange sowie seine rechtliche und tatsächliche Autonomie bei der Gestaltung der Beziehungen zur Marktgegenseite.¹¹¹⁹ Weder findet sich im Primär- oder Sekundärgemeinschaftsrecht eine allgemeingültig Legaldefinition¹¹²⁰ noch hat sich ein einheitlicher

¹¹¹⁷ Reich/Micklitz, Europäisches Verbraucherrecht, S.22; ausf. Heiss, ZEuP 1996, 625 ff.

¹¹¹⁸ Von der Groeben/Schwarze-Berg, EUV/EGV, Band 3, Art.153 EG Rn.10.

¹¹¹⁹ Von der Groeben/Schwarze-Berg, EUV/EGV, Band 3, Art.153 EG Rn.11.

¹¹²⁰ Calliess/Ruffert-Wichard, EUV/EGV, EGV Art.153 Rn.4.

Verbraucherbegriff im gesamten Gemeinschaftsrecht etabliert.¹¹²¹ Stattdessen ist er situations- oder problembezogen zu bestimmen.¹¹²² Dieser Vorgabe folgt die Richtlinie, indem sie den Verbraucher innerhalb ihres Anwendungsbereichs in den Begriffsbestimmungen gemäß Art.4 Nr.11 ZDR definiert als „eine natürliche Person, die bei den von [der] Richtlinie erfassten Zahlungsdienstverträgen zu Zwecken handelt, die nicht ihrer gewerblichen oder beruflichen Tätigkeit zugerechnet werden können“.

Indem die Erwägungsgründe der Richtlinie den Verbraucherschutz zur Zielvorgabe der Haftungsrisikoverteilung erklären, wird die finanzielle Absicherung des Zahlungsdienstnutzers als natürliche Person gegenüber dem Zahlungsdienstleister zum Schutzgut der Haftungsbestimmungen. Für das komplexe Gefüge der unterschiedlichen Strukturelemente der Haftungsrisikoverteilung in der Richtlinie kann der verbraucherschutzrechtliche Gehalt nicht einheitlich bestimmt werden. Während einige der Haftungselemente die wirtschaftliche Position des Zahlungsdienstnutzers gegenüber dem Zahlungsdienstleister stärken, sind andere den wirtschaftlichen Interessen des Nutzers gegenläufig.

a. Die einzelnen Strukturelemente der Haftungsrisikoverteilung mit Blick auf die untersuchten nationalen Haftungsordnungen

Zur Beurteilung des verbraucherschutzrechtlichen Zugewinns der Richtlinienregelungen gegenüber dem *status quo* hilft ein Blick auf die nationalen Rechtsordnungen. Die vergleichende Betrachtung zwischen den gemeinschaftsrechtlichen und den nationalen Regelungen verrät, ob der pauschale Verweis auf die Verbesserung des Verbraucherschutzniveaus sich zumindest partiell in der Rechtswirklichkeit niederschlägt.

Aus Verbraucherperspektive lässt sich die Haftungsrisikoverteilung der Richtlinie in belastende und entlastende Strukturelemente unterteilen.¹¹²³

1.) Entlastende Strukturelemente

a.) Haftungsgrundsatz (Art.60 I ZDR)

Ungeachtet der Art des Zahlungsmittels haftet gemäß Art.60 ZDR grundsätzlich der Zahlungsdienstleister für unautorisierte Zahlungen. Der Zahlungsdienstnutzer bleibt zunächst frei von Haftung. Nicht anders verhält es sich in den nationalen Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten: Sowohl bei Kartenzahlungen als auch bei Lastschrift und Überweisung trägt die Bank grundsätzlich das Missbrauchsrisiko. Einen verbraucherschutzrechtlichen Zugewinn gegenüber der gesetzlichen Ausgangslage enthält dieser Grundsatz inhaltlich zumindest in den Ländern Deutschland, England und Spanien nicht.¹¹²⁴ Für missbräuchliche Zahlungsvorgänge, die nicht auf der Nutzung eines Zahlungsinstruments basieren, geht der Schutz des Zahlungsdienstnutzers in den Richtlinienbestimmungen allerdings über denjenigen in den nationalen Rechtsordnungen hinaus: Das nationale Recht

¹¹²¹ Von der Groeben/Schwarze-Berg, EUV/EGV, Art.153 EG Rn.7; in Kenntnis mangelnder Einheitlichkeit skizziert Rösler den Verbraucher als „ganz überwiegend [...] natürliche Person, die zu einem Zweck handelt, der nicht ihrer beruflichen oder gewerblichen Tätigkeit zugewiesen sein darf“, (Europäisches Konsumentenvertragsrecht, S.128).

¹¹²² Calliess/Ruffert-Wichard, EUV/EGV, EGV Art.153 Rn.4; Von der Groeben/Schwarze-Berg, EUV/EGV, Art.153 EG Rn.7.

¹¹²³ Diese Unterscheidung soll nur der Übersichtlichkeit der folgenden Ausführungen dienen und trifft keine Aussage darüber, ob eine Regelung gegenüber der derzeitigen Rechtslage ein höheres Verbraucherschutzniveau enthält oder nicht. Unterschieden wird vielmehr danach, ob ein Strukturelement vor „neutralem Hintergrund“ für den Zahlungsdienstnutzer eine entlastende oder belastende Wirkung entfaltet.

¹¹²⁴ Wird dem Zahlungsdienstnutzer nach derzeitigem nationalen Recht die Autorisierung (z.B. durch Anscheinsvollmacht/*ostensible authority* oder *agency by estoppel*) zugerechnet, wird dieser Lösung Konformität mit dem Haftungsgrundsatz des Art.60 der Richtlinie zuzugestehen sein.

lässt vertragliche Schadensersatzansprüche des Zahlungsdienstleisters gegen den Zahlungsdienstnutzer nämlich grundsätzlich zu,¹¹²⁵ während der Zahlungsdienstleister sich gegenüber dem Zahlungsdienstnutzer nach den Richtlinienregelungen allein im Fall des Art.58 ZDR schadlos halten kann.¹¹²⁶

b.) Weitergehende finanzielle Entschädigung (Art.60 II ZDR)

Indem Art.60 II ZDR den Mitgliedstaaten gestattet, dem Zahlungsdienstnutzer gegenüber dem Zahlungsdienstleister eine über den infrage stehenden Zahlungsbetrag hinausgehende Entschädigung einzuräumen, ändert sich die derzeitige Rechtslage aus Verbrauchersicht nicht. Bereits nach bestehendem nationalen Recht ist der Kunde nach keiner der vorliegend untersuchten Rechtsordnungen gegenüber der Bank auf die Geltendmachung des Zahlungsbetrags beschränkt. Vielmehr kann der Zahlungsdienstnutzer bei Vorliegen der entsprechenden Anspruchsvoraussetzungen auf Grundlage des jeweiligen allgemeinen Schadensersatzrechts auch hinsichtlich der über den Zahlungsbetrag hinausgehenden Schäden Ersatz verlangen.

c.) Haftungsausschluss des Zahlungsdienstnutzers nach Art.61 IV ZDR

Nach Verlust- bzw. Missbrauchsmeldung im Sinne des Art.56 I b) ZDR trägt der Zahlungsdienstnutzer gemäß Art.61 IV ZDR keine finanziellen Folgen aus der Nutzung des Zahlungsinstruments, sofern er nicht in betrügerischer Absicht gehandelt hat. Eine derart umfängliche Risikofreistellung sehen die in diesem Beitrag berücksichtigten nationalen Rechtsordnungen selbst zwar nicht vor. Allerdings enthalten die allgemeinen Geschäftsbedingungen der Zahlungsdienstleister in der Regel Haftungsfreistellungen des Zahlungsdienstnutzers nach Verlust- bzw. Gefahrenmeldung.¹¹²⁷ Durch den weitreichenden Verzicht auf nationale Regulierung im bargeldlosen Zahlungsverkehr ist der Verbraucher jedoch einerseits angewiesen auf die vom Zahlungsdienstleister vorgesehenen Standardverträge, deren Modifizierung innerhalb der rechtlich zulässigen Grenzen in der Praxis allein beim Zahlungsdienstleister liegt, und andererseits auf die nationale Rechtsprechung, die sich in Ermangelung ausdrücklicher Bestimmungen nach einer Verlust- oder Missbrauchsmeldung des Zahlungsdienstnutzers am allgemeinen Vertragsrecht zu orientieren hat.¹¹²⁸ Insofern stärkt die ausdrückliche Haftungsfreistellung des Zahlungsdienstleisters gemäß Art.61 IV ZDR die Rechtsposi-

¹¹²⁵ Im deutschen Recht ist der Zahlungsdienstleister weitgehend unbeschränkt in der Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen gegenüber dem Zahlungsdienstnutzer. Nicht anders verhält es sich im englischen Recht. Im spanischen Recht hängt die Zulässigkeit der Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen durch den Zahlungsdienstleister von der Anwendung des Art.156 LCC ab (s.o. unter Kap.2 C. I. 3. c.). In jedem Fall kann sich der Zahlungsdienstleister jedoch zur Schadloshaltung auf Schadensersatzansprüche stützen, wenn sich ausschließlich der Zahlungsdienstnutzer sorgfaltswidrig verhalten hat.

¹¹²⁶ Dies liegt nicht zuletzt daran, dass Art.60 II ZDR nicht für Ansprüche des Zahlungsdienstleisters gegen den Zahlungsdienstnutzer gilt (vgl. oben in Kap.2 B. II. 3. a.); vgl. zu verbraucherschutzrechtlichen Aspekten der Anspruchspräklusion gem. Art.58 ZDR unten in Kap.3 C. III. 4. a. 2.) a.).

¹¹²⁷ Beim *Electronic-Banking* und der ec-Kartenzahlung sehen die einschlägigen Regelwerke der deutschen Kreditwirtschaft entsprechende Haftungsfreistellungsklauseln zugunsten des Kunden vor. Meldet der berechtigte Inhaber den Verlust seiner Kreditkarte, wird er nach der Rechtsprechung des BGH ebenfalls von der Haftung freigestellt (BGH WM 1991, 1110, 1113). Nach englischem Recht scheidet eine Haftung des Kreditkarteninhabers nach Verlustanzeige gem. Art.84 III CCA aus. Der Karteninhaber hat eine mündliche Meldung jedoch innerhalb von sieben Tagen schriftlich zu bestätigen. Nach Ablauf der sieben Tage lebt die Haftung in Höhe von bis zu 50 £ wieder auf (siehe oben in Kap.2 B. III. 2. a. 2.)). Für das *Electronic-Banking* und das Charge- und Debitkartengeschäft sieht die englische Rechtsordnung hingegen keine gesetzlichen Bestimmungen vor. Allerdings wird sich die Bank nach allgemeinem Vertrags- und Deliktsrecht schadensersatzpflichtig machen, wenn sie nach Verlustanzeige das Konto des Inhabers belastet. Die spanische Rechtsordnung hält eine ausdrückliche Bestimmung für keines der Zahlungsinstrumente bereit, sodass entscheidend die Vertragsbeziehungen zwischen Bank und Kunde sind.

¹¹²⁸ Abgesehen von Art.84 III CCA im englischen Recht, der zumindest eine Regelung für Kreditkarten bereithält.

on des Verbrauchers, denn sie fordert vom mitgliedstaatlichen Gesetzgeber eine verbindliche und vertraglich unabdingbare nationale Umsetzungsvorschrift ein, die der vertraglichen Gestaltungsfreiheit des Zahlungsdienstleisters und dem Entscheidungsspielraum der Gerichte Grenzen setzt.

d.) Haftungsausschluss des Zahlungsdienstnutzers nach Art.61 V ZDR

Stellt der Zahlungsdienstleister keine adäquaten Mittel zur Anzeige nach Art.61 I b) ZDR bereit, ist der Zahlungsdienstnutzer gemäß Art.61 V ZDR vollumfänglich von der Haftung freigestellt, sofern er nicht in betrügerischer Absicht gehandelt hat. Auch eine derartige Haftungsfreistellung sehen die Rechtsordnungen in Deutschland, England und Spanien zumindest nicht ausdrücklich vor. Die Rechtsposition des Verbrauchers wird durch die zwingende Vorschrift des Art.61 V ZDR gegenüber der bestehenden Rechtslage insofern ebenfalls gestärkt.

e.) Erstattungsanspruch des Zahlungsdienstnutzers gemäß Art.62 I ZDR

Ob der Erstattungsanspruch des Zahlungsdienstnutzers gemäß Art.62 I ZDR in den vorliegend untersuchten Rechtsordnungen in Deutschland, England und Spanien verbraucherschutzrechtlich gewinnbringend ist, lässt sich aufgrund der Komplexität der Vorschrift und der Strukturunterschiede zwischen den vom Anwendungsbereich der Vorschrift erfassten Zahlungsverfahren in den drei Rechtsordnungen nicht ohne weiteres pauschal beantworten, sodass eine differenzierte Betrachtung erforderlich ist:

Voraussetzung für den Erstattungsanspruch nach Art.62 I ZDR ist ein vom oder über den Zahlungsempfänger angewiesener, autorisierter Zahlungsvorgang, bei dessen Autorisierung der genaue Zahlungsbetrag nicht angegeben war und der Zahlungsbetrag denjenigen Betrag übersteigt, den der Zahler entsprechend seinem Ausgabenverhalten, den Bedingungen des Rahmenvertrags und den jeweiligen Umständen des Einzelfalls vernünftigerweise hätte erwarten können. Geltend machen kann der Zahlungsdienstnutzer den Erstattungsanspruch gemäß Art.63 I ZDR innerhalb von acht Wochen ab dem Zeitpunkt der Belastung des betreffenden Geldbetrags.

Im deutschen Zahlungsverkehr wird ein Zahlungsvorgang im Lastschriftverfahren vom Zahlungsempfänger angestoßen und deshalb grundsätzlich vom Anwendungsbereich des Art.62 I ZDR erfasst. Hinsichtlich seiner Anwendbarkeit bei Drittmisbrauch ist zwischen Abbuchungsauftragsverfahren und Einzugsermächtigungsverfahren zu unterscheiden.¹¹²⁹

Werden bei bestehendem Abbuchungsauftrag ohne Nennung konkreter Zahlungsbeträge Lastschriften eingereicht, die dem Abbuchungsauftrag zwar formell und inhaltlich entsprechen, im Valutaverhältnis zwischen Zahler und Zahlungsempfänger der Höhe nach jedoch unberechtigt sind, musste der Zahler mit der Einziehung in dieser Höhe nicht rechnen und ihm erwächst gegenüber dem Zahlungsdienstleister ein Erstattungsanspruch gemäß Art.62 I ZDR. Stimmt eine eingereichte Lastschrift mit dem Abbuchungsauftrag nicht überein und belastet der Zahlungsdienstleister daraufhin das Konto des Zahlers, findet Art.62 I ZDR keine Anwendung, weil ein solcher Zahlungsvorgang nicht als vom Zahlungsdienstnutzer autorisiert gewertet werden kann. Stattdessen haftet der Zahlungsdienstleister nach Art.60 I ZDR. Für den deutschen Zahlungsdienstnutzer ist die Regelung des Art.62 I ZDR hinsichtlich des Abbuchungsauftragsverfahrens gewinnbringend, denn entspricht eine eingereichte Lastschrift inhaltlich dem Abbuchungsauftrag, hat der Zahler gegenüber der Zahlstelle nach derzeitiger Rechtslage in Deutschland keinen gesetzlichen Erstattungsanspruch.

Anders als im Abbuchungsauftragsverfahren gibt der Zahler gegenüber dem Zahlungsdienstleister im Einzugsermächtigungsverfahren keine Weisung zur Belastung seines Kontos ab. Stattdessen

¹¹²⁹ Siehe hierzu ausf. oben unter Kap.2 A. III. 2, 3..

erteilt er dem Zahlungsempfänger eine Einzugsermächtigung. Nach der in Deutschland herrschenden Genehmigungstheorie¹¹³⁰ kann die Einzugsermächtigung im Verhältnis zwischen Zahler und seiner Bank allerdings keine Rechtswirkung entfalten, sodass die Bank zur Belastung des Zahlerkontos bis zur Genehmigung der Kontobelastung durch den Zahler nicht berechtigt ist. Der Gemeinschaftsgesetzgeber entscheidet sich demgegenüber für einen anderen Weg: Die Autorisierung eines Zahlungsvorgangs erfordert gemäß Art.54 I ZDR die Zustimmung des Zahlungsdienstnutzers. Das Verfahren für die Erteilung der Zustimmung zum Zahlungsvorgang wird gemäß Art.54 IV ZDR zwischen dem Zahler und dem Zahlungsdienstleister vereinbart. Im Umkehrschluss aus Art.62 III ZDR ergibt sich, dass der Zahler seine Zustimmung grundsätzlich auch gegenüber anderen Personen als dem Zahlungsdienstleister abgeben kann. Gibt der Zahler gegenüber dem Zahlungsempfänger eine Einzugsermächtigung ab, muss diese deshalb grundsätzlich als Zustimmung zum Zahlungsvorgang gewertet werden. Die für die Anwendung des Art.62 I ZDR erforderliche tatbestandliche Voraussetzung einer Autorisierung liegt dann folglich vor. Aufgrund des zwingenden Charakters der Richtlinienregelungen kann dem auch die in Deutschland herrschende Genehmigungstheorie nicht im Wege stehen, sodass sie unanwendbar bleiben muss. Durch die Einzugsermächtigung stimmt der Zahlungsdienstnutzer allerdings regelmäßig nur solchen Zahlungen zu, die der Zahlungsempfänger im Valutaverhältnis einzuziehen berechtigt ist. Reicht der Zahlungsempfänger eine der Höhe nach oder gänzlich unberechtigte Lastschrift ein, wird diese von der antizipierten Zustimmung des Zahlungsdienstnutzers gegenüber dem Zahlungsempfänger nicht erfasst. Der Zahlungsvorgang muss dann als unautorisiert gelten, sodass Art.62 I ZDR keine Anwendung findet. Im Falle drittmisbräuchlich eingereichter Lastschriften im Einzugsermächtigungsverfahren richtet sich die Haftung des Zahlungsdienstleisters folglich generell nach dem Haftungsgrundsatz des Art.60 I ZDR.

Unanwendbar ist Art.62 I ZDR in Ermangelung einer Autorisierung des Zahlungsdienstnutzers ferner bei Fälschung des Abbuchungsauftrags oder der Einzugsermächtigung selbst. Auch dann hat ein Rückgriff auf Art.60 I ZDR zu erfolgen.¹¹³¹

In England erfolgt die Einleitung eines Zahlungsvorgangs durch den Zahlungsempfänger im Rahmen von *debit transfers*. Im Rahmen gewöhnlicher *debit transfers* wird Art.62 I ZDR selten zum Tragen kommen, denn fälscht der Zahlungsempfänger die zugrunde liegende Einzugsermächtigung, gilt der Zahlungsvorgang nicht als autorisiert und anwendbar ist Art.60 I ZDR. Im Rahmen des *direct debiting* ist die Zahlstelle auf Grundlage der *Direct Debit Instruction* demgegenüber zur Einziehung aller DDI-konformen zukünftig eingehenden *direct debits* autorisiert.¹¹³² Daran ändert auch eine fehlende Berechtigung des Empfängers im Valutaverhältnis nichts, denn die *Direct Debit Instruction* gilt zwischen Zahler und seiner Bank als generelle Berechtigung zur Kontobelastung aller zukünftig eingehenden DDI-konformen *direct debits*. Bei Missbrauch im Verfahren des *direct debiting* ist deshalb grundsätzlich Art.62 I ZDR anwendbar. Etwas anderes gilt nur, wenn ein *direct debit* bereits inhaltlich nicht der *Direct Debit Instruction* entsprach. In diesem Fall sowie bei gefälschter *Direct Debit Instruction* ist wegen mangelnder Autorisierung des Zahlungsvorgangs auf Art.60 I ZDR zurückzugreifen.

Bei missbräuchlich eingereichten *direct debits* ist der Erstattungsanspruch für den Zahlungsdienstnutzer gegenüber der derzeitigen Gesetzeslage ein Zugewinn, denn nunmehr ist er durch Umset-

¹¹³⁰ BGHZ 144, 349, 353 ff.; BGH WM 2003, 524, 526; BGHZ 161, 49, 52 ff.; siehe oben in Kap.2 A. III. 4. b. 1.).

¹¹³¹ Zu verbraucherschutzrechtlichen Aspekten des Haftungsgrundsatzes des Art.60 I ZDR vgl. oben in Kap.3 C. III. 4. a. 1.) a.).

¹¹³² Siehe oben in Kap.2 B. II. 1. b.

zung in nationales Recht gesetzlich zu normieren und maßgeblich wird nicht mehr der seitens der Kreditwirtschaft einseitig veränderbare *Originator's Guide* sein.¹¹³³

Im spanischen Zahlungsverkehr erfolgt die Anweisung eines Zahlungsvorgangs durch den Zahlungsempfänger Rahmen der *domiciliación de recibos*.¹¹³⁴ Eine Autorisierung erfolgt kraft Abbuchungsauftrag gegenüber der Bank. Als autorisiert gelten alle auftragskonformen Lastschriften. Ist der Zahlungsbetrag nicht genannt, hat der Zahler nur einen Erstattungsanspruch, wenn die Auftragskonformität einer Lastschrift anderweitig gestört ist. Ein Zugewinn gegenüber der derzeitigen Rechtslage ist der Erstattungsanspruch des Art.62 I ZDR immer dann, wenn die Lastschrift auftragskonform, im Valutaverhältnis aber in unberechtigter Höhe erfolgt. Denn dann erhält der Zahler einen Rückerstattungsanspruch, der ihm nach derzeitiger Rechtslage in Spanien nicht zusteht.

Bei fehlender Auftragskonformität gilt der Zahlungsvorgang als nicht autorisiert und Art.60 I ZDR ist einschlägig.

Festzuhalten ist, dass Art.62 I ZDR für den Verbraucher ganz überwiegend gewinnbringend ist, denn anders als nach derzeitiger Rechtslage in allen drei untersuchten Rechtsordnungen fordert die Vorschrift nunmehr seine Schadloshaltung kraft gesetzlichem Erstattungsanspruch gegen den Zahlungsdienstleister auch immer dann, wenn eine vom Zahlungsempfänger eingereichte Lastschrift zwar inhaltlich einem wirksamen Abbuchungsauftrag bzw. einer wirksamen Einzugsermächtigung entspricht, im Valutaverhältnis jedoch unrechtmäßig ist und der Zahler deshalb mit ihr betragsmäßig nicht vernünftigerweise rechnen musste.

f.) Der Grundsatz der Beweislast nach Art.59 I ZDR

Der Grundsatz der Beweislast gemäß Art.59 I ZDR über die Autorisierung des Zahlungsvorgangs spiegelt ohne verbraucherschutzrechtlichen Zugewinn die beweisrechtliche Ausgangslage in den Rechtsordnungen Deutschlands, Englands und Spaniens wieder: Bestreitet der Zahlungsdienstnutzer die Autorisierung einer Zahlung, hat der Zahlungsdienstleister Beweis darüber zu erbringen, dass der Zahlungsdienstnutzer den Zahlungsvorgang bewilligt hat. Der Zahlungsdienstnutzer bleibt zunächst also von der Beweislast frei. Eine inhaltliche Konkretisierung der Anforderungen für die erfolgreiche Beweisführung über eine Autorisierung wie diejenige des Art.59 I ZDR¹¹³⁵ lassen sich in den drei Rechtsordnungen demgegenüber nicht finden. Stattdessen gilt stets der formelhafte Grundsatz, dass das Gericht „zur Überzeugung von der Wahrheit“ der Autorisierung gelangen muss.¹¹³⁶ Ohne nähere Präzisierung der für die Überzeugung des Gerichts erforderlichen umstände sind regelmäßig die Einzelumstände entscheidend. Die Konkretisierung der inhaltlichen Anforderungen an den Autorisierungsbeweis gemäß Art.59 I ZDR ist für den Verbraucher gegenüber der derzeitigen Rechtslage weder eindeutig vorteil- noch nachteilhaft.

2.) Belastende Strukturelemente

a.) Präklusion des Berichtigungsanspruchs des Zahlungsdienstnutzers bei nicht unverzüglichem Anzeige eines unautorisierten Zahlungsvorgangs nach Art.58 ZDR

Verstößt der Zahlungsdienstnutzer gegen seine Obliegenheit zur unverzüglichen Anzeige eines unautorisierten Zahlungsvorgangs, verliert er seinen Anspruch auf Berichtigung der Fehlbuchung gegenüber dem Zahlungsdienstleister. Der rechtsvergleichende Blick auf die nationalen Haftungsord-

¹¹³³ Siehe oben in Kap.2 B. II. 1. b.

¹¹³⁴ Vgl. ausf. oben in Kap.2 C. III.

¹¹³⁵ Siehe hierzu oben ausf. in Kap.3 B. V. 1.

¹¹³⁶ Vgl. oben in Kap.2 A. IV. 1. (Deutschland), Kap.2 B. IV. 1. (England) und Kap.2 C. IV. 1. (Spanien).

nungen in Deutschland, England und Spanien verrät die Härte dieser Vorschrift: Ausnahmen vom Haftungsgrundsatz des Zahlungsdienstleisters sehen die nationalen Regelungen überwiegend nur bei schadensursächlichem Verhalten des Zahlungsdienstnutzers vor,¹¹³⁷ während der Zahlungsdienstnutzer seinen Berichtigungsanspruch gegenüber dem Zahlungsdienstleister gemäß Art.58 ZDR unabhängig von der Schadenskausalität und zudem unabhängig vom Verschuldensgrad immer verliert, wenn er einen unautorisierten Zahlungsvorgang nicht unverzüglich, spätestens 13 Monate nach dem Tag der Belastung seines Kontos, anzeigt. Anders als in den nationalen Rechtsordnungen wird Mitverschulden des Zahlungsdienstleisters lediglich bei einem Verstoß gegen die Pflicht zur Zugänglichmachung oder Mitteilung der Angaben nach Maßgabe des Titels III ZDR zum betreffenden Zahlungsvorgang berücksichtigt.

Zumindest in Hinblick auf die Rechtslage in Deutschland, England und Spanien verschlechtert die Präklusionswirkung des Art.58 ZDR die wirtschaftliche Position des Verbrauchers gegenüber dem Zahlungsdienstleister erheblich und wird der gemeinschaftsrechtlichen Vorgabe eines hohen Verbraucherschutzniveaus nach Art.153 EG nicht gerecht.

b.) Selbstbeteiligung des Zahlungsdienstnutzers von bis zu 150 Euro gemäß Art.61 I ZDR

Die Selbstbeteiligung des Zahlungsdienstnutzers bei Missbrauch ist auch den nationalen Haftungsordnungen nicht fremd. Indem Art.61 I Var.1 ZDR dem Zahlungsdienstnutzer bei Verlust oder Diebstahl jedoch verhaltens- und verschuldensunabhängig eine Haftung in Höhe von bis zu 150 Euro zuordnet, kehrt sie von den nationalen Grundsätzen der Missbrauchshaftung ab, die auch für eine der Höhe nach begrenzte Haftung des Zahlungsdienstnutzers regelmäßig vorwerfbares Verhalten verlangen.¹¹³⁸ Dem Verbraucherschutzinteresse ist dies gegenläufig.¹¹³⁹

Bewahrt der Karteninhaber personalisierte Sicherheitsmerkmale nicht sicher auf und ermöglicht hierdurch ihre missbräuchliche Verwendung, wird dieses Verhalten im Rahmen des Art.61 I Var.2 ZDR finanziell sanktioniert. Im Lichte der Haftungsordnungen in Deutschland, England und Spanien ist diese Begrenzung überwiegend im Interesse des Verbrauchers und stärkt seine wirtschaftliche Position gegenüber dem Zahlungsdienstleister:

Unabhängig von der Art des Zahlungsmittels verletzt der Zahlungsdienstnutzer durch unsichere Aufbewahrung der Sicherheitsmerkmale auch nach nationalem Recht regelmäßig eine vertragliche Sorgfaltspflicht und macht sich haftbar. Obgleich eine Reihe von Rahmenverträgen derzeit einfache Fahrlässigkeit des Zahlungsdienstnutzers privilegiert behandelt, indem sie die Haftung der Höhe

¹¹³⁷ Gerät der Zahlungsdienstnutzer mit der Mitteilung an den Zahlungsdienstleister in Verzug, macht er sich nach deutschem Recht gegenüber diesem allenfalls schadensersatzpflichtig. Hierfür müsste die Pflichtverletzung jedoch zumindest schadensursächlich sein. Zudem wäre der Zahlungsdienstleister hierüber beweisbelastet. Eine vertraglich durch AGB festgelegte und vom Erfordernis der Schadenskausalität befreite Präklusion des Berichtigungsanspruchs zulasten des Zahlungsdienstnutzers wäre AGB-rechtlich kaum haltbar. Nach spanischem Recht ist die Rechtslage vergleichbar: Die Zulässigkeit rahmenvertraglicher Vereinbarungen richtet sich vornehmlich nach dem Verbraucherschutzgesetz (*Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*) und dem Gesetz über Allgemeine Geschäftsbedingungen in Verträgen (*Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación*). Eher entspricht die Lösung dem *estoppel*-Prinzip im englischen Recht, welches nicht die materielle Rechtslage, sondern die prozessuale Durchsetzbarkeit eines Anspruchs betrifft.

¹¹³⁸ Wenn auch die Haftung nach englischem Recht kein Verschuldenserfordernis vorsieht, so muss der Zahlungsdienstnutzer unabhängig vom Zahlungsmittel zumindest eine Vertragspflicht verletzt haben. Nach deutschem und spanischem Recht verlangt die Haftung stets sowohl Vertragspflichtverletzung als auch Verschulden des Zahlungsdienstnutzers.

¹¹³⁹ Zur Korrektur dieser für den Verbraucherschutz nachteiligen Lösung verbleibt den Mitgliedstaaten gemäß Art.61 III ZDR allerdings die Möglichkeit, die Haftung des Zahlungsdienstnutzers herabzusetzen. Gerade wegen der ausdrücklichen Bezugnahme auf die Möglichkeit der Einbeziehung der Umstände des Einzelfalls ist durchaus denkbar, die Selbstbeteiligung des Zahlungsdienstnutzers bei Verlust und Diebstahl des Zahlungsinstruments i.H.v. bis zu 150 Euro im nationalen Recht dem Verschuldensprinzip zu unterwerfen.

nach begrenzt, sind die Zahlungsdienstleister gesetzlich überwiegend nicht zu dieser verbraucherfreundlichen Geschäftspraxis verpflichtet.¹¹⁴⁰ Entsprechende Umsetzungsvorschriften werden einerseits die zukünftige Absicherung dieses Verbraucherschutzniveaus gewährleisten, indem sie eine Abkehr von der bereits praktizierten verbraucherfreundlichen Vertragsgestaltung untersagen. Zahlungsdienstleister, die in ihren Verträgen keine Haftungsbegrenzung bei einfacher Fahrlässigkeit vorsehen, können sich andererseits der verbraucherfreundlicheren Vertragsgestaltung durch Haftungsprivilegierung einfach fahrlässigen Verhaltens nicht länger verschließen. Die Richtlinie kann insofern in der Vertragspraxis verbleibende Lücken verbraucherfreundlichen Verhaltens durch die Einforderung verbindlicher und zwingender Umsetzungsvorschriften für alle Zahlungsdienstleister schließen.

Darüber hinaus gilt die begrenzte Haftung des Zahlungsdienstnutzers in Höhe von bis zu 150 Euro lediglich in den abschließend aufgeführten Fällen, also bei Diebstahl bzw. Verlust eines Zahlungsinstruments oder unsicherer Aufbewahrung der zugehörigen persönlichen Sicherheitsmerkmale. Der (einfach fahrlässige) Verstoß gegen anderweitige vertragliche Sorgfaltspflichten begründet keinerlei Haftung des Zahlungsdienstnutzers. Gegenüber bestehendem nationalen Recht stärkt diese Regelung die wirtschaftliche Position des Zahlungsdienstnutzers.

Für den Verbraucherschutz nachteilig ist die Regelung des Art.61 I Var.2 ZDR zumindest in den untersuchten kontinentaleuropäischen Haftungsordnungen in Hinblick auf die Abkehr vom Verschuldensprinzip. Auch wenn der Zahlungsdienstnutzer bei unsicherer Aufbewahrung des Zahlungsmittels in aller Regel schuldhaft handelt, sind abweichende Konstellationen denkbar. Die Haftung des Zahlungsdienstnutzers wurde insofern auf Fälle der ausnahmsweise unverschuldet unsicheren Aufbewahrung der Sicherheitsmerkmale zulasten des Verbrauchers ausgeweitet.

Im Ergebnis lässt sich festhalten, dass sich die verschuldensunabhängige Haftung des Zahlungsdienstnutzers nach Art.61 I Var.1 ZDR auf die Verbraucherschutzrechtliche Position des Zahlungsdienstnutzers bei Missbrauch im Verhältnis zur bestehenden Rechtslage in Deutschland, England und Spanien negativ auswirkt, während Art.61 I Var.2 ZDR für den Verbraucherschutz überwiegend gewinnbringend ist.

c.) Volle Haftung des Zahlungsdienstnutzers gemäß Art.61 II ZDR

Dass der Zahlungsdienstnutzer gemäß Art.61 II ZDR bei Vorsatz, betrügerischer Absicht und grober Fahrlässigkeit voll haftet, entspricht im Wesentlichen den nationalen Rechtsordnungen in Deutschland, England und Spanien und schafft keine bedeutenden Veränderungen der wirtschaftlichen Interessenlage des Verbrauchers bei Missbrauch. Um zu gewährleisten, dass die Richtlinienvorgaben keine Schwächung der wirtschaftlichen Lage des redlichen Verbrauchers bewirken, verbleibt den Mitgliedstaaten zudem die Möglichkeit der Herabsetzung der Haftung bei grober Fahrlässigkeit nach Art.61 III ZDR.

d.) Beweiswert der Aufzeichnungen eines Zahlungsvorgangs gemäß Art.59 II ZDR.

Art.59 II ZDR stellt den Mitgliedstaaten frei, die Aufzeichnungen von Zahlungsvorgängen in einem gewissen Rahmen als Beweis für die Autorisierung und/oder grobe Fahrlässigkeit des Zahlungsdienstnutzers zuzulassen. Aus sich heraus bewirkt diese Bestimmung weder eine Stärkung noch eine Schwächung der prozessualen Lage des Verbrauchers gegenüber dem Zahlungsdienstleister.

¹¹⁴⁰ Lediglich Art.84 I *Consumer Credit Act 1974* enthält eine gesetzliche Haftungsbeschränkung, die mit 50 £ den Selbstbeteiligungshöchstbetrag der Richtlinie sogar unterschreitet. Im Hinblick auf Art.61 III ZDR muss sich hieran auch nach Umsetzung der Richtlinie nichts ändern.

Während sich in England eine Prozessvermutung zugunsten des Zahlungsdienstleisters in der Prozesspraxis nicht entwickelt hat,¹¹⁴¹ herrscht zwischen den spanischen Instanzgerichten Uneinigkeit.¹¹⁴² Der BGH spricht dem Zahlungsdienstleister – trotz vehement ablehnender Stimmen in der Literatur – die Beweiserleichterung des Anscheinsbeweises zu.¹¹⁴³ Dieser verbraucherunfreundlichen Lösung der deutschen Rechtsprechung tritt die Beweisregelung in der endgültigen Fassung des Richtlinien texts in Abkehr vom ursprünglichen Kommissionsentwurf der Richtlinie nicht entgegen.¹¹⁴⁴ Aus Verbrauchersicht ist die Regelung des Art.59 II ZDR insofern im Lichte der Rechtsordnungen in Deutschland, England und Spanien kein Zugewinn.

b. Abschließende Betrachtungen zum Verbraucherschutz

Obwohl die Richtlinie in ihren Erwägungsgründen den Verbraucherschutz ausdrücklich zur Zielvorgabe der Haftungsbestimmungen beruft, sind einige der Bestimmungen für den Verbraucher gegenüber der momentanen Rechtslage in Deutschland, England und Spanien nachteilig. Hierzu gehören insbesondere die anspruchspräkludierende Wirkung des Art.58 ZDR und die verschuldensunabhängige Haftungsbeteiligung des Zahlungsdienstnutzers in Höhe von bis zu 150 Euro gemäß Art.61 I Var.1 ZDR. Auch wäre es unter verbraucherschutzrechtlichen Gesichtspunkten ein Zugewinn gewesen, statt der inhaltlich wenig gehaltvollen Bestimmung des Art.59 II ZDR entsprechend Art.48 III des ursprünglichen Kommissionsentwurfs KOM (2005) 603 Prozessvermutungen bzw. Anscheinsbeweise für unzulässig zu erklären, die sich allein auf die Aufzeichnungen über einen Zahlungsvorgang stützen.

Vorwegzunehmen ist schließlich, dass die Haftungsordnung eine Reihe allgemeiner Strukturprinzipien nicht einhält, die nach europäischem Verständnis zugunsten eines angemessenen Ausgleichs zwischen den Interessen von Zahlungsdienstnutzer und Zahlungsdienstleister einzuhalten wären. Sofern diese Prinzipien zulasten des Zahlungsdienstnutzers verletzt werden, geht diese Verletzung stets auch zulasten des Verbraucherschutzes.¹¹⁴⁵

IV. Grundpostulat eines angemessenen Interessenausgleichs

Keine ausdrückliche Erwähnung in den Erwägungsgründen der Zahlungsdiensterichtlinie findet das Bestreben nach einem angemessenen Interessenausgleich zwischen Zahlungsdienstnutzer und Zahlungsdienstleister. Grundsätzlich verfolgt das Haftungsrecht im europäischen Rechtsraum jedoch immer auch das Ziel, eine gewisse Haftungsgerechtigkeit durch einen angemessenen Ausgleich zwischen den widerstreitenden Interessen der beteiligten Parteien herzustellen.¹¹⁴⁶ Bereits in der Empfehlung der Europäischen Kommission vom 30. Juli 1997 zu den Geschäften, die mit elektroni-

¹¹⁴¹ Siehe oben in Kap.2 B. IV. 5.

¹¹⁴² Siehe oben in Kap.2 C. IV. 2. c.

¹¹⁴³ Siehe oben in Kap.2 A. IV. 4. c.) 1.).

¹¹⁴⁴ Siehe oben in Kap.3 C. III. 2. a.

¹¹⁴⁵ So etwa die Verletzung des Kausalitäts- und Verschuldensprinzips sowie die Abkehr von der Schadensverteilung nach den Grundsätzen des Mitverschuldens, vgl. ausf. unten in Kap.3 C. IV.

¹¹⁴⁶ Im Rahmen der deliktischen Haftung gilt das „Ausgleichsinteresse“ als primäre Zielvorgabe, vgl. für das Gemeinschaftsrecht generell *Wurmnest*, Grundzüge eines europäischen Haftungsrechts, S.94 ff.; im englischen Recht: *McGregor*, *McGregor on Damages*, S.12 ff. Rn.1-021 ff.; *Tettenborn*, *The law of damages*, S.16 f. Rn.1.34 f.; im spanischen Recht: *De Angel Yáñez*, *Tratado de responsabilidad civil*, S.13; *Santos Briz/Sierra Gil de la Cuesta*, *Tratado de derecho civil*, Band 3, S.395 ff.; im deutschen Recht: *Staudinger-Heinrichs*, Vorb § 249 Rn.4; *Lange/Schiemann*, *Schadensersatz*, S.9 f.; *Deutsch*, *Allgemeines Haftungsrecht*, S.2 ff.; m.w.N. zur Rolle der Verteilungs- und Ausgleichsgerechtigkeit im Kontext der übrigen Funktionen des Haftungsrechts auch *Jansen*, *Die Struktur des Haftungsrechts*, S.36 ff.; zum allgemeinen Gerechtigkeits- bzw. Fairnessgedanken im (europäischen) Haftungsrecht: *Brügge-meier*, *Haftungsrecht*, S.9; *von Bar* unterstellt dem europäischen Deliktsrecht ebenfalls ein „Interesse haftungsrechtlicher Gerechtigkeit“, *Gemeineuropäisches Deliktsrecht*, Band II, § 3, Rn.306 a.E.

schen Zahlungsinstrumenten getätigt werden (97/489/EG), kam diese Vorgabe explizit in Art.4 zum Ausdruck.¹¹⁴⁷ Eine Haftung soll einer Partei nicht willkürlich, sondern legitimerweise und nur in bestimmten Sachzusammenhängen zugeordnet werden. Ungeachtet des Schweigens der Erwägungsgründe wird dieser Grundsatz insofern auch den Haftungsregelungen der Zahlungsdiensterichtlinie als primäre Zielvorgabe zugrunde liegen.

Es fragt sich allerdings, ob auf der Suche nach einer legitimen Haftungszuordnung im Haftungsregime der Zahlungsdiensterichtlinie für ihre einzelnen Haftungsstrukturelemente ein einheitlicher Maßstab gelten kann. Denn durch den gesamten europäischen Rechtsraum zieht sich eine Unterscheidung zwischen vertraglichem und deliktischem Haftungsrecht,¹¹⁴⁸ bei der sich grundsätzlich die vertragliche Selbstbindung einerseits und der deliktische Schutz vor fremden Eingriffen in die eigene Interessensphäre andererseits gegenüberstehen.¹¹⁴⁹ Ob die einzelnen Haftungsbestimmungen der Zahlungsdiensterichtlinie jeweils vertraglicher oder deliktischer Natur sind, lässt sich in Ermangelung einer ausdrücklichen Zuordnung nicht ohne weiteres festlegen. Auch wenn sich die Missbrauchshaftung in den vorliegend analysierten nationalen Rechtsordnungen überwiegend nach vertraglichen Ansprüchen richtet, gilt dies nicht ausnahmslos¹¹⁵⁰ und kann folglich auch den gemeinschaftsrechtlichen Regelungen der Zahlungsdiensterichtlinie nicht einfach zugrunde gelegt werden. Zwar gibt Erwägungsgrund 47 ZDR vor, dass die Richtlinie „nur die vertraglichen Verpflichtungen und Verantwortlichkeiten zwischen dem Zahlungsdienstnutzer und seinem Zahlungsdienstleister zum Gegenstand haben [sollte]“. Eine einheitliche Grenzziehung zwischen Vertrags- und Deliktsrecht ist innerhalb der mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen der Europäischen Gemeinschaft jedoch gar nicht möglich.¹¹⁵¹ Indem Erwägungsgrund 47 ZDR den Haftungsbestimmungen vertraglichen Charakter zuspricht, bezeichnet er lediglich die Tendenz der Haftungsregelungen, überwiegend dem mitgliedstaatlichen Vertragsrecht zugeordnet werden zu können.

Eine Zuordnung der einzelnen Haftungsregelungen oder gar der gesamten Haftungsordnung der Richtlinie zu einer der beiden Haftungsgattungen erscheint vorliegend auch nicht zwingend geboten. Durch die unterschiedlichen Schutzinteressen¹¹⁵² wird ihre strukturelle Ähnlichkeit nämlich wenig erschüttert. Zumindest ein Grundkonsens identischer Strukturmerkmale liegt zur Gewährleistung einer legitimen Haftungszuordnung und zur Wahrung eines angemessenen und gerechten Ausgleichs zwischen den beteiligten Interessen beiden Haftungsordnungen zugrunde.¹¹⁵³ Insbesondere bei Fahrlässigkeitshaftung, die das Gefüge der Haftungsregelungen der Zahlungsdiensterichtlinie entscheidend prägt, ist die Zuordnung eines Haftungstatbestands zu einer der beiden Haftungsordnungen wegen weitreichender struktureller Überschneidungen entbehrlich.¹¹⁵⁴

¹¹⁴⁷ Art.4 der Richtlinie legt fest: „Diese Geschäftsbedingungen sollten [...] ein ausgewogenes Gleichgewicht zwischen den Interessen der beteiligten Parteien wahren.“

¹¹⁴⁸ Von Bar/Drobnig, The Interaction of Contract Law and Tort and Property Law in Europe, S.44; Kegel, GS-Lüderitz, S.347, 384 (a.E.).

¹¹⁴⁹ Hoffmann, Die Koordination von Vertrags- und Deliktsrecht in Europa, S.26; von Bar/Drobnig, The Interaction of Contract Law and Tort and Property Law in Europe, S.25 f.

¹¹⁵⁰ Insbesondere im englischen Recht spielen auch deliktische Ansprüche wegen Fahrlässigkeit (*tort of negligence*) eine nicht unerhebliche Rolle (vgl. ausf. oben in Kap.2 B. III. 2. d. 2.) d.)). Bei beiderseitig ordnungsmäßigem Handeln weisen die nationalen Rechtsordnungen die Haftung ferner durch unterschiedliche allgemeine vertrags- und auftragsrechtliche Grundsätze wegen mangelnder Weisung des Zahlungsdienstnutzers überwiegend der Bank zu, ohne dabei auf vertragliche Schadensersatzansprüche zurückzugreifen.

¹¹⁵¹ M.w.N. von Bar/Drobnig, The Interaction of Contract Law and Tort Law and Property Law in Europe, S.11 ff.

¹¹⁵² Hoffmann, Die Koordination von Vertrags- und Deliktsrecht in Europa, S.26; zu den vom europäischen Deliktsrecht geschützten Interessen siehe Brügge-meier, Haftungsrecht, S.1 ff., 9 ff.

¹¹⁵³ Vgl. auch Wurmnest, Europäisches Haftungsrecht, S.5.

¹¹⁵⁴ Von Bar/Drobnig, The Interaction of Contract Law and Tort and Property Law in Europe, S.46 Rn.71.

Zunächst ist einer Person jedenfalls nur dann eine Haftung zuzuordnen, wenn sie sich irgendwie geartet haftungsrechtlich relevant verstrickt hat, und zwar entweder eine Vertragspflichts-¹¹⁵⁵ oder eine zurechenbare deliktische Schutzgutsverletzung¹¹⁵⁶ begangen oder ein besonderes Risiko¹¹⁵⁷ geschaffen hat. Trotz gewichtiger unterschiedlicher Konsequenzen für die Beteiligten sind die Haftungsmodelle nicht wesensverschieden,¹¹⁵⁸ sondern unterscheiden sich letztlich nur im Grund der Zurechnung des Schadens zum Schädiger.¹¹⁵⁹ Unabhängig von seiner Ausformung lässt sich allgemein festhalten, dass sowohl für vertragliche als auch für deliktische Haftung zumindest *irgendein* haftungsrechtlich sanktionswerter Grundtatbestand vorzuliegen hat.

Darüber hinaus verlangen beide Haftungsgattungen einen Schaden sowie Kausalität¹¹⁶⁰ zwischen dem haftungsbegründenden Umstand und dem eingetretenen Schaden.¹¹⁶¹ Schließlich ist eine Schadensersatzhaftung immer dann ausgeschlossen, wenn der Anspruchsgläubiger die Vertragsverletzung zu verantworten hat.¹¹⁶² Liegt hingegen keine Allein-, sondern bloß Mitverantwortlichkeit des Gläubigers vor, kann diese zu keinem Haftungsausschluss, sondern lediglich zu einer Haftungsminderung führen.¹¹⁶³

Indem die europäischen Rechtsordnungen regelmäßig diesen Kanon einheitlicher Strukturmerkmale zur Haftungszuordnung verlangen, lässt sich unterstellen, dass diese zumindest eine gewisse Annäherung an das Grundpostulat der Legitimität einer Haftungszuordnung gewährleisten können. Umgekehrt ist davon auszugehen, dass von diesen Haftungsvoraussetzungen nicht willkürlich abgewichen werden kann, ohne dass eine Haftungsvorschrift vom Ziel eines angemessenen Ausgleichs der widerstreitenden Interessen abrückt.

Bei Schaffung der Haftungsbestimmungen der Zahlungsdiensterichtlinie hat sich der europäische Gesetzgeber für eine differenzierte Lösung entschieden: Weder ist die Haftung rein verhaltensorientiert noch ist sie eine reine Gefährdungs- bzw. Risikohaftung. Vielmehr liegen dem komplexen Haftungssystem sowohl verhaltensorientierte und zum Teil verschuldensabhängige Elemente zugrunde als auch solche einer Gefährdungshaftung.

Soweit im Folgenden die einzelnen Haftungsstrukturelemente der Richtlinie auf ihre Interessengerechtigkeit nach Maßgabe der zuvor genannten europaweit einheitlichen Haftungsstrukturmerkmale überprüft werden, ist zu berücksichtigen, dass die Prüfung sich an rein haftungsrechtlichen Erwägungen orientiert, von der Gleichheit der Vertragsparteien ausgeht und externe Gesichtspunkte wie etwa die mögliche Verbrauchereigenschaft des Zahlungsdienstnutzers oder Ungleichheiten in der Verhandlungsstärke der Vertragsparteien unberücksichtigt lässt.

Die Haftungsbestimmungen der Richtlinie lassen sich zergliedern in verhaltensabhängige und verhaltensunabhängige Haftungsstrukturelemente.

¹¹⁵⁵ Vgl. *Düchs*, Die Behandlung von Leistungsstörungen im Europäischen Vertragsrecht, S.60 ff.

¹¹⁵⁶ Zum Verhaltenserfordernis im Rahmen der deliktischen Haftung *Brügge-meier*, Haftungsrecht, S.23.

¹¹⁵⁷ Vgl. *von Bar*, Gemeineuropäisches Deliktsrecht, Band II, § 3 Rn.315.

¹¹⁵⁸ *Von Bar*, Gemeineuropäisches Deliktsrecht, Band II, S.332 Rn.306.

¹¹⁵⁹ Die verhaltensorientierte Haftung knüpft im kontinentaleuropäischen Recht häufig am Verschuldensprinzip an, das als Grundsatz zunehmend von der Gefährdungshaftung durchbrochen wird (*Hehl*, Das Verhältnis von Verschuldens- und Gefährdungshaftung, S.15); übersichtlich zur historischen Entwicklung der Gefährdungshaftung auch *Brügge-meier*, Haftungsrecht, S.104 f.; *Kötz/Wagner*, Deliktsrecht, S.190 f. Rn.491 ff.; sehr ausf. *Esser*, Grundlagen und Entwicklung der Gefährdungshaftung, S.45 ff.

¹¹⁶⁰ Zur Kausalität im europäischen Deliktsrecht vgl. eingehend *von Bar*, Gemeineuropäisches Deliktsrecht, Band II, § 4 Rn.411 ff.; auch *Brügge-meier*, Haftungsrecht, S.27; *Wurmnest*, Grundzüge eines europäischen Haftungsrechts, S.190 f.

¹¹⁶¹ *Wurmnest*, Europäisches Haftungsrecht, S.5.

¹¹⁶² Eingehend hinsichtlich der deliktischen Haftung *von Bar*, Gemeineuropäisches Deliktsrecht, Band II, § 5 Rn.519; zur vertraglichen Haftung *Riesenhuber*, Europäisches Vertragsrecht, § 30 Rn.869 f.

¹¹⁶³ *Riesenhuber*, Europäisches Vertragsrecht, Rn.871.

1. Verhaltensunabhängige Strukturelemente

a. Der Haftungsgrundsatz des Art.60 I ZDR

Zunächst ordnet der Haftungsgrundsatz des Art.60 I ZDR das Missbrauchsrisiko verhaltensunabhängig dem Zahlungsdienstleister zu. In den vorliegend berücksichtigten nationalen Rechtsordnungen wird dieser Grundsatz überwiegend durch die dogmatischen Strukturen des allgemeinen Vertrags- und Auftragsrechts getragen, die für eine berechnete Zahlungsforderung des Zahlungsdienstleisters gegenüber dem Zahlungsdienstnutzer regelmäßig eine ordnungsgemäße Anweisung des Zahlers verlangen.¹¹⁶⁴

Diesem Lösungsweg ist auch aus dem Blickwinkel eines gerechten Interessenausgleichs zwischen Zahlungsdienstleister und Zahlungsdienstnutzer zu folgen, betrachtet man die Haftungszuordnung als Ausdruck einer Gefährdungshaftung: Diese knüpft in aller Regel an das Vorhandensein einer erhöht gefährlichen Tätigkeit bzw. Sache an, die zu besonderen und häufig schwer steuerbaren Risiken führt.¹¹⁶⁵ Durch die Bereitstellung der bargeldlosen Zahlungssysteme schafft der Zahlungsdienstleister ein latentes Drittmissbrauchsrisiko, das sich durch planmäßiges rechtswidriges Verhalten eines Dritten regelmäßig der Einflussnahme durch Zahlungsdienstleister und Zahlungsdienstnutzer verschließt. Nimmt ein unberechtigter Dritter tatsächlich einen missbräuchlichen Zahlungsvorgang vor, verwirklicht sich gerade dieses Risiko in einer dem Zahlungsdienstleister zurechenbaren Weise.¹¹⁶⁶ Durch das beachtliche Missbrauchsaufkommen und das breite Spektrum verschiedener Missbrauchspraktiken unterscheidet sich die Missbrauchsgefahr von der allgemeinen Lebensgefahr, Opfer eines herkömmlichen Betrugs oder Diebstahls zu werden. Dem Zahlungsverkehr haftet das erhöhte Risiko an, einen von unberechtigter dritter Seite gesteuerten Eingriff und den mit ihm verbundenen finanziellen Verlust zu erleiden. Der für die legitime Zuordnung einer Gefährdungshaftung erforderliche Grundtatbestand der besonderen Gefährdungslage wird vom Zahlungsdienstleister insofern erfüllt.

Der Zahlungsdienstnutzer bleibt zunächst billigerweise frei vom Haftungsrisiko: Solange ihm kein haftungsrechtlich sanktionswerter Grundtatbestand (deliktische Schutzgutsverletzung, vertragliche Pflichtverletzung oder ebenfalls die Schaffung einer besonderen Gefahr) vorwerfbar ist, besteht auch kein Grund für die Zuordnung einer Haftung. Es entspricht deshalb europäischen Haftungsstrukturen, das Missbrauchsrisiko grundsätzlich dem Zahlungsdienstleister zuzuordnen.

b. Die Haftung des Zahlungsdienstnutzers von bis zu 150 Euro nach Art.61 I Var.1 ZDR

Der Zahlungsdienstnutzer haftet in Höhe von bis zu 150 Euro verschuldensunabhängig nach Art.61 I Var.1 ZDR. Tatbestandlich setzt die Haftung des Zahlungsdienstleisters nach dieser Variante lediglich den Verlust oder Diebstahl des Zahlungsinstruments voraus. Ohne ersichtlichen Grund kehrt diese Lösung von den oben dargestellten im europäischen Rechtsraum einheitlichen Haftungsstrukturprinzipien zulasten des Zahlungsdienstnutzers ab:

¹¹⁶⁴ Nur vereinzelt existieren spezialgesetzliche Haftungsnormen: Im spanischen Recht Art.156 LCC analog zur Belastung des Zahlungsdienstleisters mit dem Missbrauchsrisiko als unternehmerisches Risiko (so zumindest für gefälschte Überweisungen; nicht eindeutig geklärt ist die Anwendung der Vorschrift hingegen für verfälschte Überweisungen, das Lastschriftverfahren und Debitkartenzahlungen); im englischen Recht führen die Vorschriften des CCA 1974 bei Kreditkartenmissbrauch grundsätzlich zur Haftung des Kartenemittenten; im deutschen Recht wird die dogmatische Lösung durch den deklaratorischen § 676h BGB nur gestützt.

¹¹⁶⁵ *Von Bar*, Gemeineuropäisches Deliktsrecht, Band II, § 3 Rn.315; *Baudisch*, Die gesetzgeberischen Haftungsgründe der Gefährdungshaftung, S.229.

¹¹⁶⁶ Vgl. zur Zurechenbarkeit im Rahmen der Gefährdungshaftung *von Bar*, Gemeineuropäisches Deliktsrecht, S.499 ff. Rn.479 f.

Unbillig erscheint vor allem, dass die Zuordnung der Haftung keinerlei sanktionswerten Grundtatbestand voraussetzt. Weder ist für die limitierte Haftung des Zahlungsdienstnutzers eine Vertragspflichtverletzung noch zurechenbares deliktisches Verhalten oder die Schaffung einer besonderen Gefahrenlage erforderlich.¹¹⁶⁷

Zudem verwirklicht sich bei Diebstahl oder Verlust des Zahlungsinstruments im anschließenden Drittmissbrauch weiterhin das vom Zahlungsdienstleister durch Bereitstellung des missbrauchsanfälligen Zahlungssystems geschaffene und haftungsrechtlich sanktionswerte systemimmanente Missbrauchsrisiko. Insbesondere bei missbräuchlichen Zahlungsvorgängen in Höhe von bis zu 150 Euro ist die Haftung des Zahlungsdienstnutzers offensichtlich unangemessen: Der Zahlungsdienstleister kann sich durch Inanspruchnahme des Zahlungsdienstnutzers voll schadlos halten, obwohl eigentlich er selbst das Risiko des Drittmissbrauchs geschaffen hat. Dieser Haftungsgrund des Zahlungsdienstleisters bleibt dabei völlig unbeachtet, während der Zahlungsdienstnutzer ohne ersichtlichen Grund den vollständigen Schaden zu tragen hat.

Zum einen wäre es deshalb wünschenswert, die Haftung des Zahlungsdienstnutzers im nationalen Recht verschuldens- oder zumindest verhaltensabhängig zu gestalten. Denn nur bei haftungsrechtlich relevantem Verhalten des Zahlungsdienstnutzers, also einer deliktischen Schutzgutsverletzung oder einer vertraglichen Pflichtverletzung des Zahlungsdienstnutzers, besteht ein legitimer Schadenszurechnungsgrund. Selbst durch haftungsrechtlich sanktionswertes Verhalten des Zahlungsdienstnutzers wird die ebenfalls sanktionswerte Risikoschaffung des Zahlungsdienstleisters nicht automatisch „absorbiert“. Grundsätzlich muss das Prinzip gelten, dass eine mitwirkende Betriebsgefahr die Fahrlässigkeitshaftung des anderen Teils senkt.¹¹⁶⁸ Zumindest eine prozentuale Schadensbeteiligung des Zahlungsdienstleisters an Missbrauchsschäden erscheint wegen der ihm zuzuordnenden Schaffung des Missbrauchsrisikos unter normativen Gesichtspunkten und in Hinblick auf die bestehenden allgemeineuropäischen Haftungsprinzipien deshalb geboten. Die mitgliedstaatliche Umsetzung einer solchen interessengerechteren Lösung wäre im Rahmen von Art.61 III ZDR auch zulässig.

c. Die Haftung des Zahlungsdienstleisters nach Verlustanzeige gemäß Art.61 IV ZDR

Nach Anzeige von Verlust, Diebstahl, missbräuchlicher Verwendung oder sonstiger nicht autorisierter Nutzung des Zahlungsinstruments wird der Zahlungsdienstnutzer nach Art.61 IV, Art.56 I b) ZDR frei von der Haftung, es sei denn er handelte in betrügerischer Absicht. Ab dem Zeitpunkt der Verlustanzeige stellt sich insofern eine verhaltensunabhängige Haftung des Zahlungsdienstleisters ein. Im Lichte des Grundpostulats eines angemessenen Interessenausgleichs zwischen Zahlungsdienstnutzer und Zahlungsdienstleister lässt sich diese Regelung wie folgt interpretieren: Bestand vor der Verlustmeldung ein legitimer Grund für die Haftung des Zahlungsdienstnutzers, lässt sich dieser durch die missbrauchspräventive Verlustmeldung beseitigen. Denn durch die Verlustmeldung wird der haftungsrechtlichen Sanktionswürdigkeit des Verhaltens des Zahlungsdienstnutzers *ex nunc* der Boden entzogen: Selbst wenn der Zahlungsdienstnutzer durch eigenes Verhalten die *konkrete* Gefahr des Drittmissbrauchs schuf, wird diese kraft Verlust- oder Gefahrenmeldung dadurch liquidiert, dass der Zahlungsdienstleister nunmehr ohne Anstrengungen die Sperrung des Zahlungsinstruments veranlassen und dadurch die Gefahr des Missbrauchs vollumfänglich ausräumen kann.

¹¹⁶⁷ Mit der Abkehr vom Erfordernis haftungsrechtlich sanktionswürdigen Verhaltens einher geht außerdem die Abkehr von einer Kausalität zwischen einem legitimerweise haftungsbegründenden Tatbestand Verhalten und dem entstandenen Schaden.

¹¹⁶⁸ Von Bar, Gemeineuropäisches Deliktsrecht, § 3 Rn.329 a.E.; Brüggemeier, Haftungsrecht, S.594.

Die vom Zahlungsdienstnutzer geschaffene Gefahrenlage wurde durch die Verlustmeldung folglich behoben.

Ab diesem Zeitpunkt liegt es allein in der Einflussosphäre der Bank, zur Schadloshaltung schadenspräventive Maßnahmen zu ergreifen. Nach Verlustmeldung verbleibt insofern lediglich das dem bargeldlosen Zahlungsverkehr wesensimmanente *latente* Missbrauchsrisiko, das der Zahlungsdienstleister selbst geschaffen hat und deshalb auch zu tragen hat.¹¹⁶⁹

Handelt der Zahlungsdienstnutzer allerdings in betrügerischer Absicht und entsteht hieraus ein Schaden, kann die Verlustmeldung gemäß Art.61 IV ZDR richtigerweise keine haftungsbefreiende Wirkung zugunsten des Zahlungsdienstnutzers entfalten. Denn dann verwirklicht sich nicht mehr das dem Zahlungssystem wesensimmanente und dem Zahlungsdienstleister zurechenbare Drittmissbrauchsrisiko, sondern der Zahlungsdienstnutzer hat den Schaden durch eigenverantwortliches Handeln ausschließlich selbst zu verantworten.

Die verhaltensunabhängige Haftung des Zahlungsdienstleisters nach Verlustanzeige gemäß Art.60 IV ZDR entspricht mithin dem Grundgedanken eines angemessenen Interessenausgleichs zwischen den Beteiligten.

d. Der Erstattungsanspruch des Zahlungsdienstnutzers gemäß Art.62 I ZDR

Der Erstattungsanspruch des Zahlungsdienstnutzers gemäß Art.62 I ZDR ist faktisch ein Haftungsanspruch gegen den Zahlungsdienstleister. Deshalb sollte auch er im Einklang mit dem Grundpostulat eines angemessenen Interessenausgleichs dem gemeinschaftsweit einheitlichen Grundkanon haftungsrechtlicher Strukturmerkmale entsprechen.

Löst der Zahlungsempfänger unberechtigt einen vom Zahlungsdienstnutzer autorisierten Zahlungsvorgang aus, kann sich der Zahlungsdienstnutzer bei Vorliegen der entsprechenden Tatbestandsvoraussetzungen durch die Vorschrift des Art.62 I ZDR schadlos halten. Dies gilt auch für missbräuchlich vom oder über den Zahlungsempfänger ausgelöste Zahlungsvorgänge, sofern sie autorisiert sind.¹¹⁷⁰ In diesen Fällen trägt folglich der Zahlungsdienstleister das Missbrauchsrisiko. Die Vorschrift ähnelt insofern Art.60 I ZDR und lässt sich verstehen als Gefährdungshaftung des Zahlungsdienstleisters. Mit ihr scheint der Gemeinschaftsgesetzgeber der besonderen Gefahr solcher Zahlungssysteme Rechnung tragen zu wollen, bei denen zum einen der Zahlungsdienstnutzer die einzuziehenden Beträge nicht quantifiziert und zum anderen der Zahlungsempfänger die Zahlungsvorgänge selbst auslöst. Durch derartige Verfahren entsteht die eklatant erhöhte Gefahr des zahlungsempfängerseitig missbräuchlichen Einzugs von Zahlungen, die der Zahlungsdienstleister durch Bereitstellung dieses Zahlungssystems schafft und deshalb auch zu tragen hat. Grundsätzlich erscheint die Regelung insofern mit europäischen Haftungsstrukturen vereinbar.

Problematisch erscheint allerdings, dass die Einbeziehung haftungsrechtlich sanktionswerten Verhaltens des Zahlungsdienstnutzers nicht ausdrücklich in der Vorschrift genannt wird. Aufgrund des weiten Wortlauts lässt sich dies jedoch zumindest in Art.62 I b) ZDR berücksichtigen: Je vorwerfbarer das Verhalten des Zahlungsdienstnutzers war, desto eher hätte er mit dem zahlungsempfängerseitig eingezogenen Betrag vernünftigerweise rechnen müssen. Zumindest bei grober Fahrlässigkeit hat der Zahlungsdienstnutzer in der Regel mit der Einziehung des erhöhten Zahlungsbetrags zu rechnen, sodass sein Erstattungsanspruch gemäß Art.62 I ZDR gegenüber dem Zahlungsdienstleister ausgeschlossen ist.

¹¹⁶⁹ Vgl. oben unter Kap.3 C. IV. 1. a.

¹¹⁷⁰ Zum Autorisierungserfordernis siehe oben in Kap.3 B. II. 3. d.

2. Verhaltensabhängige Strukturelemente

a. Die limitierte Haftung des Zahlungsdienstnutzers gemäß Art.61 I Var.2 ZDR

Verursacht der Zahlungsdienstnutzer eine missbräuchliche Zahlungstransaktion durch unsichere Aufbewahrung der Sicherheitsmerkmale, haftet er gemäß Art.61 I Var.2 ZDR in Höhe von bis zu 150 Euro. Da mit der unsicheren Aufbewahrung der Sicherheitsmerkmale üblicherweise Fahrlässigkeit des Zahlungsdienstnutzers einhergeht,¹¹⁷¹ erfasst diese Haftungsvariante vornehmlich Sachverhalte, denen auf Seiten beider Beteiligten ein haftungsrechtlich sanktionswerter Grundtatbestand zugrunde liegt: das fahrlässige Verhalten des Zahlungsdienstnutzers im Umgang mit den Sicherheitsmerkmalen einerseits und die Schaffung der latenten Gefahrenlage durch Bereitstellung eines missbrauchsanfälligen Zahlungssystems durch den Zahlungsdienstleister andererseits.¹¹⁷² Richtigerweise vermeidet Art.61 I Var.2 ZDR deshalb die einseitig belastende Zuordnung des Missbrauchsrisikos an eine der beiden Parteien.¹¹⁷³ Aus der Konstellation beiderseitiger Verantwortlichkeit erwächst allerdings die Frage nach der quantitativen Berücksichtigung des jeweils haftungsbe gründenden Verhaltens: Wie hoch ist das Fehlverhalten des Zahlungsdienstnutzers gegenüber der vorwerfbaren Schaffung des Missbrauchsrisikos durch den Zahlungsdienstleister zu bewerten? Die starre Selbstbeteiligungslösung der Richtlinienbestimmung kann an dieser Stelle keinen gerechten Interessenausgleich gewähren: Immer wenn der Missbrauchsschaden innerhalb der fixen 150-Euro-Grenze liegt, trägt der Zahlungsdienstnutzer den Schaden in voller Höhe und die Verantwortlichkeit des Zahlungsdienstleisters für die Schaffung des Missbrauchsrisikos bleibt unberücksichtigt. Übersteigt der Missbrauchsschaden die Grenze, wächst andererseits die Haftung der Bank im Verhältnis zur Beteiligung des Kunden gemessen am Grad der Vorwerfbarkeit überproportional. Je höher also der Missbrauchsschaden ist, desto höher ist die prozentuale Beteiligung der Bank. Der Grad an Vorwerfbarkeit zwischen den Beteiligten ist jedoch nicht abhängig von der Schadenshöhe. Allein aus der Perspektive eines haftungsrechtlich angemessenen Interessenausgleichs wäre insofern eine Lösung vorzugswürdig, welche die Verantwortlichkeit der Beteiligten anteilmäßig bestimmt und beiden Parteien den jeweiligen Schadensanteil prozentual zuordnet. Dies könnte entweder einzel-fallbezogen durch wertende Gegenüberstellung der Missbrauchsanfälligkeit des vom Missbrauch betroffenen Zahlungssystems einerseits und dem konkreten Fehlverhalten des Zahlungsdienstnutzers andererseits geschehen. Oder es könnte sowohl dem unvorsichtigen Verhalten des Zahlungsdienstnutzers als auch der Schaffung des Missbrauchsrisikos durch Bereitstellung eines missbrauchsanfälligen Zahlungssystems jeweils eine fixe prozentuale Schadensbeteiligung zugeordnet werden.

Legt man der Haftungszuordnung in kontinentaleuropäischer Rechtstradition das Erfordernis einer persönlichen Vorwerfbarkeit¹¹⁷⁴ zugrunde,¹¹⁷⁵ wird Art.61 I Var.2 ZDR der Vorgabe eines anges-

¹¹⁷¹ Siehe oben in Kap.3 C. 4. a. 2.) b.).

¹¹⁷² Vgl. zu dieser Konstellation *Looschelders*, Die Mitverantwortlichkeit des Geschädigten im Privatrecht, S.135 ff. („Gefährdungshaftung“ des Geschädigten bei Verschuldenshaftung des Schädigers).

¹¹⁷³ Auch *Looschelders* geht davon aus, dass die Gefährdungshaftung nicht einfach ein „Minus“ der Verschuldenshaftung ist und durch diese daher auch nicht automatisch verdrängt wird. „Die Gefährdungshaftung beruht vielmehr auf eigenständigen Gerechtigkeitserwägungen, die jenen der Verschuldenshaftung prinzipiell gleichwertig sind“ (*Looschelders*, Die Mitverantwortlichkeit des Geschädigten im Privatrecht, S.137).

¹¹⁷⁴ Auf den zunächst nahe liegenden Begriff des Verschuldens wird an dieser Stelle bewusst verzichtet, da ein gemeineuropäisch einheitliches Verständnis des Verschuldensbegriffs nicht existiert (vgl. *von Bar*, Gemeineuropäisches Deliktsrecht, § 2 Rn.226); auch Art.9:501 (Recht auf Schadensersatz) der nichtlegislatorischen „Grundregeln des Europäischen Vertragsrechts“ („*Principles of European Contract Law*“) sehen vom expliziten Verschuldensbegriff ab und nennen stattdessen in Art.8:108 einen „Entschuldigungs-Tatbestand“, bei dessen Vorliegen die Haftung für Nichter-

senen Interessenausgleichs außerdem in bestimmten Einzelfällen nicht gerecht: Auch wenn die unsichere Aufbewahrung der Sicherheitsmerkmale eines Zahlungsinstruments regelmäßig mit Fahrlässigkeit oder Vorsatz und in einigen Fällen sogar mit betrügerischer Absicht des Zahlungsdienstnutzers einhergeht, sind durchaus Sachverhalte denkbar, in denen der Zahlungsdienstnutzer trotz unsicherer Aufbewahrung alle Sorgfaltsanforderungen erfüllt. Nach kontinentaleuropäischem Verständnis haftet der Zahlungsdienstnutzer dann nach Art.61 I Var.2 ZDR ohne legitimen Grund. Eine Haftungsbeteiligung des Zahlungsdienstnutzers müsste aus diesem Blickwinkel in entsprechenden Sachverhaltskonstellationen ausscheiden.¹¹⁷⁶ Zu betonen ist allerdings, dass das Erfordernis persönlicher Vorwerfbarkeit für die Zuordnung einer Haftung nicht allen europäischen Rechtsordnungen inhärent¹¹⁷⁷ und daher nicht ohne weiteres auf das europäische Haftungsrecht übertragbar ist. Zudem folgt die Mehrzahl der spezialgesetzlichen sekundärgemeinschaftsrechtlich festgelegten Haftungsregelungen dem Prinzip der persönlichen Vorwerfbarkeit nicht.¹¹⁷⁸ Andererseits greift die Haftungsordnung der Zahlungsdiensterichtlinie das Prinzip in Art.61 II ZDR ausdrücklich auf, sodass eine beständige Beachtung des Prinzips nur konsequent wäre.

b. Die volle Haftung des Zahlungsdienstnutzers gemäß Art.61 II ZDR

Grundlage für die volle Haftung des Zahlungsdienstnutzers nach Art.61 II ZDR sind von ihm ausgehende grobe Fahrlässigkeit oder Vorsatz hinsichtlich einer Vertragspflichtverletzung sowie betrügerische Absicht. Auf der Seite des Zahlungsdienstnutzers liegt somit ein haftungsbegründender Tatbestand, dem je nach Tatbestandsvariante eine unterschiedlich stark ausgeprägte Vorwerfbarkeit innewohnt. Richtigerweise ordnet die Zahlungsdiensterichtlinie dem Zahlungsdienstnutzer bei Vorliegen vorwerfbaren Verhaltens eine Haftung zu, da der Zahlungsdienstnutzer durch sein Handeln die *konkrete* Gefahr eines Drittmisbrauchs schafft, die sich im tatsächlichen Eintritt des Missbrauchs verwirklicht. Die vollumfängliche Haftungsfreistellung des Zahlungsdienstleisters erscheint unter dem Gesichtspunkt eines angemessenen Ausgleichs der widerstreitenden Interessen von Zahlungsdienstnutzer und Zahlungsdienstleister allerdings bedenklich: Die bereits im Grundsatz der Haftungsrisikoverteilung zum Ausdruck kommende *latente*, vom Zahlungsdienstleister geschaffene Gefahr eines Drittmisbrauchs verwirklicht sich auch bei grob fahrlässiger und vorsätzlicher Vertragspflichtverletzung des Zahlungsdienstnutzers weiterhin mit, findet in der Haftungszuordnung des Art.61 II ZDR jedoch keinen Niederschlag mehr. Bedenkt man den Zustand, dass beide Beteiligten jeweils einen eigenen Beitrag zur Schaffung genau der Gefahr geleistet haben, die sich mit dem Eintritt des Missbrauchs verwirklicht, wäre statt einer einseitigen Zuordnung des Haftungsrisikos zum Zahlungsdienstnutzer die beiderseitige Schadensbeteiligung geboten.¹¹⁷⁹ Freilich ist der Grad an Verantwortlichkeit des Zahlungsdienstnutzers im Rahmen des Art.61 II ZDR in allen Tatbestandsvarianten gegenüber demjenigen aus Art.61 I Var.2 ZDR erhöht. Um dem in Art.61 II ZDR zum Ausdruck kommenden Ansinnen des europäischen Gesetzgebers zur Differenzierung nach dem

füllung vertraglicher Pflichten ausscheidet (vgl. von Bar/Zimmermann, Grundregeln des Europäischen Vertragsrechts, Art.9:501, 8:108, S.461).

¹¹⁷⁵ Für die vertragliche Haftung vgl. Zweigert/Kötz, Einführung in die Rechtsvergleichung, S.484 ff., S.501 ff.; zur deliktischen Haftung von Bar, § 2 Rn.226 ff.

¹¹⁷⁶ Von Caemmerer geht sogar weiter, indem er sich dafür ausspricht, bei Koexistenz von Verschulden auf der einen Seite und der Schaffung einer besonderen Gefahr auf der anderen Seite die Verschuldenshaftung erst bei Überschreitung der Grenze zum „grobe Verschulden“ zu berücksichtigen (von Caemmerer, RabelsZ 1978, 5, 20, 21).

¹¹⁷⁷ Insbesondere im *Common Law* gelten die vertraglich vereinbarten Pflichten als Garantieverprechen, deren Verletzung unabhängig von einer persönlichen Vorwerfbarkeit des Schuldners zu einem Schadensersatzanspruch führt (Zweigert/Kötz, Einführung in die Rechtsvergleichung, S.501).

¹¹⁷⁸ Riesenhuber, Europäisches Vertragsrecht, § 30 Rn.867.

¹¹⁷⁹ Von Bar, Gemeineuropäisches Deliktsrecht, § 3 Rn.329 a.E.; Brüggemeier, Haftungsrecht, S.594.

jeweiligen Grad an Vorwerfbarkeit der Beteiligten Rechnung zu tragen, müsste sich die Höhe der Schadensverteilung wie folgt bemessen: Je höher der Grad der Vorwerfbarkeit des Zahlungsdienstnutzers ist, desto größer müsste seine Schadensbeteiligung bei gleich bleibendem, latentem, vom Zahlungsdienstleister geschaffenen Missbrauchsrisiko gegenüber der Haftung des Zahlungsdienstleisters sein. Bei grober Fahrlässigkeit hätte der Zahlungsdienstnutzer einen überwiegenden, bei vorsätzlicher Pflichtverletzung einen ganz überwiegenden Anteil des Schadens zu tragen.

Indem der europäische dem nationalen Gesetzgeber durch Art.61 III ZDR vorbehält, die Haftung des Zahlungsdienstnutzers bei grob fahrlässiger Vertragspflichtverletzung zu mindern, können die Mitgliedstaaten eine solche Beteiligung des Zahlungsdienstleisters zumindest für Sachverhalte grober Fahrlässigkeit im nationalen Recht durchsetzen.

Bei betrügerischer Absicht des Zahlungsdienstnutzers verwirklicht sich hingegen nicht mehr das vom Zahlungsdienstleister geschaffene, dem bargeldlosen Zahlungsverkehr wesensimmanente Drittmisbrauchsrisiko.¹¹⁸⁰ Dieses wird vielmehr durch eigenverantwortliches Handeln des Zahlungsdienstnutzers verdrängt. Richtigerweise haftet deshalb bei betrügerischer Absicht gemäß Art.61 II ZDR ausschließlich der Zahlungsdienstnutzer.

c. Die volle Haftung des Zahlungsdienstleisters gemäß Art.61 V ZDR

Verletzt der Zahlungsdienstleister seine Pflicht aus Art.57 I c) ZDR, dem Zahlungsdienstnutzer durch geeignete Mittel jederzeit die Möglichkeit der Anzeige eines Verlusts, Diebstahls oder einer missbräuchlichen Verwendung zu geben, sollte dieses Fehlverhalten haftungsrechtlich berücksichtigt werden. Unausgewogen erscheint aus dem Blickwinkel eines angemessenen Interessenausgleichs allerdings bereits auf den ersten Blick, dem Zahlungsdienstleister gemäß Art.61 V ZDR bedingungslos die gesamte Schadenshaftung zuzuweisen. Trifft den Zahlungsdienstnutzer selbst der Vorwurf einer fahrlässigen oder vorsätzlichen Vertragspflichtverletzung, könnte ebenfalls eine Berücksichtigung dieses sanktionswerten Verhaltens in der Haftungszuordnung geboten sein.¹¹⁸¹

Zu bedenken ist allerdings, dass zweierlei sanktionswertes Benehmen des Zahlungsdienstleisters dessen Haftung verlangen: Zunächst schafft er die Missbrauchsgefahr durch Bereitstellung des missbrauchsanfälligen Zahlungssystems. Durch die Verwehrung eines angemessenen Kommunikationskanals zur Verlustmeldung wird dem Zahlungsdienstnutzer darüber hinaus die einzig effiziente Präventivmaßnahme zur Abwendung des Missbrauchsschadens bei Bestehen einer erhöhten Gefahrenlage bei eigenem haftungsbegründenden Verhalten verwehrt. Durch Verletzung der Pflicht nach Art.57 I c) ZDR erhöht der Zahlungsdienstleister die Gefahr eines Missbrauchs insofern beträchtlich. Auf Seiten des Zahlungsdienstleisters wird hierdurch ein deutlich höherer Grad an Vorwerfbarkeit erreicht, der sich in der Haftungszuordnung niederschlagen muss. Die Erhöhung des Missbrauchsrisikos allein erklärt allerdings noch nicht die vollständige Verdrängung potentiell vorwerfbaren Verhaltens des Zahlungsdienstnutzers.¹¹⁸² Legitim wäre die Verdrängung vor allem dann, wenn dem Zahlungsdienstnutzer durch Pflichtverletzung des Zahlungsdienstleisters der Missbrauchsschaden nicht mehr zurechenbar wäre. Zu denken ist dabei insbesondere an eine Unterbre-

¹¹⁸⁰ Siehe oben in Kap.3 C. IV. 1. c.

¹¹⁸¹ Von Bar, Gemeineuropäisches Deliktsrecht, § 3 Rn.329 a.E.; Brügge meier, Haftungsrecht, S.594.

¹¹⁸² Zu Recht weist Brügge meier (Haftungsrecht, S.594) allerdings darauf hin, dass das Zusammentreffen von Betriebsgefahr und eigenem Verschulden wegen wesentlichem Überwiegen der Verantwortlichkeit zum völligen Anspruchsverlust des Geschädigten führen kann. Dies gälte aber nur bei geringer Verantwortlichkeit des anderen Teils. Der Verschuldensgrad des Zahlungsdienstnutzers wäre insofern jedenfalls zu ermitteln und ggf. zu berücksichtigen.

chung des Kausalverlaufs¹¹⁸³ durch die beachtliche Steigerung des Missbrauchsrisikos.¹¹⁸⁴ Eine Unterbrechung des Kausalverlaufs liegt immer dann vor, wenn der Schaden aufgrund einer Drittintervention nicht mehr dem durch den Erstschädiger gesetzten Risiko zugerechnet werden kann.¹¹⁸⁵ Denkbar ist dies insbesondere bei Schaffung eines neuen Risikos durch Drittintervention, welches das Erstrisiko vollständig verdrängt. Verstößt der Zahlungsdienstleister gegen seine Pflicht aus Art.57 I c) ZDR, greift er aktiv jedoch nicht in den Kausalverlauf ein und setzt kein neues Risiko, sondern erhöht durch die Pflichtverletzung das Erstrisiko. Wird vom Dritten kein neues Risiko geschaffen, ist von einer Unterbrechung des Kausalzusammenhangs nur dann auszugehen, wenn das bestehende Risiko so stark erhöht wird, dass es qualitativ eine neue Dimension erhält. Diese Grenze wird seitens des Zahlungsdienstleisters durch Verletzung der Pflicht nach Art.57 I c) ZDR jedoch nicht erreicht. Insofern bleibt der Missbrauchsschaden dem Zahlungsdienstnutzer weiterhin zurechenbar.

Handelt der Zahlungsdienstnutzer selbst schuldhaft, sollte sein vorwerfbares Verhalten unter Gesichtspunkten eines angemessenen Interessenausgleichs durch Beteiligung am Missbrauchsschaden haftungsrechtlich berücksichtigt werden. Die Höhe der Beteiligung müsste sich nach dem Grad der Vorwerfbarkeit des Verhaltens des Zahlungsdienstnutzers richten.¹¹⁸⁶ Das Niveau der Schadensbeteiligung des Zahlungsdienstleisters müsste dabei wegen der „doppelten“ Vorwerfbarkeit (Schaffung der Missbrauchsgefahr und Pflichtverletzung) jedoch deutlich höher sein als dasjenige ohne die Verletzung der Pflicht aus Art.57 I c) ZDR.

Handelt der Zahlungsdienstnutzer ohne Verletzung einer vertraglichen Pflicht, ist die Rechtsfolge des Art.61 V ZDR in Ermangelung eines haftungsbegründenden Tatbestands demgegenüber richtig und der Zahlungsdienstnutzer ist vollumfänglich von der Haftung befreit. Angemessen ist auch das Fortbestehen der Haftung des Zahlungsdienstnutzers bei betrügerischer Absicht.¹¹⁸⁷

d. Die volle Haftung des Zahlungsdienstnutzers wegen Präklusion des Berichtigungsanspruchs nach Art.58 ZDR

Versäumt der Zahlungsdienstnutzer die unverzügliche Anzeige eines missbräuchlichen Zahlungsvorgangs, erwächst aus diesem pflichtwidrigen Verhalten ein haftungsbegründender Tatbestand, dessen haftungsrechtliche Berücksichtigung aus dem Blickwinkel eines gerechten Interessenausgleichs geboten ist. Die Präklusion des Berichtigungsanspruchs, durch die allein dem Zahlungsdienstnutzer das gesamte Missbrauchsrisiko zugewiesen wird, schießt über dieses Ziel jedoch weit hinaus: Zum einen bleibt die dem Zahlungsdienstleister vorwerfbare Schaffung der Gefahrenlage durch die Bereitstellung des missbrauchsanfälligen Zahlungssystems haftungsrechtlich unbilligerweise unbeachtet. Zumindest eine Beteiligung des Zahlungsdienstleisters am Missbrauchsschaden ist geboten.

Darüber hinaus erscheint es unangemessen, die Präklusionswirkung vom Kausalitätsprinzip zu lösen: Nach dem Wortlaut des Art.58 ZDR verliert der Zahlungsdienstleister seine Berichtigungsansprüche unabhängig davon, ob der zeitliche Verzug der Anzeige für den Missbrauchsschaden kausal war. Das Kausalitätserfordernis ist jedoch ein Grundprinzip des europäischen Haftungsrechts und

¹¹⁸³ Vgl. zur Unterbrechung des Kausalverlaufs aus gemeineuropäischer Perspektive *Brüggemeier*, Haftungsrecht, S.30 ff.

¹¹⁸⁴ Die Unterbrechung des Kausalverlaufs betrifft nicht die „objektive“ Kausalität im Sinne der *conditio-sine-qua-non*-Formel, also der Äquivalenz, sondern die normative Zurechnung (vgl. *Brüggemeier*, Haftungsrecht, S.30).

¹¹⁸⁵ *Brüggemeier*, Haftungsrecht, S.31.

¹¹⁸⁶ So wohl auch *Brüggemeier*, Haftungsrecht, S.594.

¹¹⁸⁷ Siehe oben in Kap.3 C. IV. 1. c.

für die legitime Zuordnung einer Haftung von entscheidender Bedeutung.¹¹⁸⁸ Ist ein Verhalten nicht schadensursächlich, sollte an dieses Verhalten auch keine Schadensersatzhaftung geknüpft werden. Auch verlangt Art.58 ZDR zumindest nicht ausdrücklich persönliche Vorwerfbarkeit des Zahlungsdienstnutzers. Allerdings verliert der Zahlungsdienstnutzer seinen Anspruch nur, wenn er den Missbrauch nicht „unverzüglich“ anzeigt. Der europäische Gesetzgeber scheint dabei bewusst einen Begriff gewählt zu haben, der nach nationalem Recht zwingend eine persönliche Vorwerfbarkeit des Betroffenen voraussetzt,¹¹⁸⁹ sodass das dem Haftungsrecht zumindest nach kontinentaleuropäischem Verständnis zugrunde liegende Prinzip der Vorwerfbarkeit gewahrt bleibt.

3. Kritik: Keine Regelungen für Mitverschulden des Zahlungsdienstleisters

Im europäischen Raum hat das Prinzip des Mitverschuldens ganz überwiegend Eingang in die nationalen Rechtsordnungen gefunden.¹¹⁹⁰ Dennoch verzichten die Haftungsbestimmungen der Richtlinie auf seine konsequente Berücksichtigung. Stattdessen verlässt sich das Haftungsgefüge auf eine Haftungsbeschränkung (Art.61 I ZDR) sowie das „Alles-oder-Nichts-Prinzip“,¹¹⁹¹ nach dem der volle Schaden einem Beteiligten vollumfänglich zugewiesen wird. Das Prinzip des Mitverschuldens bietet jedoch interessengerechtere Lösungen, indem der Schaden bei beiderseitiger Schadensverantwortlichkeit durch eine flexible beiderseitige Schadenszuteilung proportional nach Grad der Verantwortlichkeit auf beide Parteien verteilt werden kann.¹¹⁹² Sind mehrere Beteiligte für einen Schaden verantwortlich, ist es nicht nur sinnvoll, sondern im Lichte der Interessengerechtigkeit auch geboten, den Schaden nicht einem der schädigenden Beteiligten allein, sondern beiden Schädigern gemeinsam aufzuerlegen.¹¹⁹³

Auffällig in den Haftungsbestimmungen der Richtlinie ist zudem, dass pflichtwidriges Verhalten des Zahlungsdienstleisters lediglich in Art.61 V ZDR, also bei Verstoß gegen seine Pflicht aus Art.57 I c) ZDR, berücksichtigt wird.¹¹⁹⁴ Offensichtlich wird die Unbilligkeit der fehlenden Einbeziehung vorwerfbaren Verhaltens des Zahlungsdienstleisters vor allem bei der vollen Haftung des Zahlungsdienstnutzers wegen grob fahrlässiger Verletzung einer vertraglichen Pflicht nach Art.61 II i. V. m. Art.56 ZDR. Selbst wenn auch der Zahlungsdienstleister durch (grob) fahrlässige Verletzung einer vertraglichen Pflicht zum Missbrauchserfolg beiträgt, hat gemäß Art.61 II ZDR der Zahlungsdienstnutzer den gesamten Schaden zu tragen, während der Zahlungsdienstleister vollständig von Haftung frei bleibt. Das haftungsrechtliche Grundpostulat eines ausgewogenen Interessenausgleichs verlangt jedoch die Berücksichtigung des vorwerfbaren und zurechenbaren Verhaltens des Zahlungsdienstleisters. Bei (grober) Fahrlässigkeit des Zahlungsdienstleisters sollte der Zahlungsdienstnutzer zumindest partiell von der Haftung befreit werden. Freilich lässt sich die einseitige Haftung des Zahlungsdienstnutzers gemäß Art.61 III ZDR von den nationalen Gesetzgebern in den mitgliedstaatlichen Umsetzungsgesetzen herabsetzen. Die Herabsetzung der Haftung des Zahlungsdienstnutzers ist jedoch nicht verbindlich festgelegt und bleibt daher ungewiss. Zudem scheidet eine

¹¹⁸⁸ Brügge-meier, Haftungsrecht, S.27.

¹¹⁸⁹ Dies verrät ein Blick auf die Wortlaute in englischer („without undue delay“) und spanischer Fassung („sin tardanza injustificada“), in denen die Verschuldenskomponente durch die ergänzenden Adjektive „undue“ und „injustificado“ ausdrücklich zur Geltung gebracht wird.

¹¹⁹⁰ Von Bar, Gemeineuropäisches Deliktsrecht, § 5 Rn.517 ff.; Wurmnest, Grundzüge eines europäischen Haftungsrechts, S.312.

¹¹⁹¹ Vgl. ausf. Brügge-meier, Haftungsrecht, S.555 f.

¹¹⁹² Brügge-meier, Haftungsrecht, S.592.

¹¹⁹³ Looschelders, Die Mitverantwortlichkeit des Geschädigten im Privatrecht, S.142.

¹¹⁹⁴ Siehe hierzu ausf. oben in Kap.3 C. III. 2. d.

Herabsetzung der Haftung bei vorsätzlicher Pflichtverletzung des Zahlungsdienstnutzers bereits nach dem Wortlaut des Art.61 III ZDR aus.

V. Die wesentlichen Kritikpunkte an der Richtlinienhaftung

Voranstehend wurden die einzelnen Haftungsstrukturmerkmale auf ihre Ertragshaltigkeit hinsichtlich verschiedener Zielinteressen des Gemeinschaftsgesetzgebers geprüft. Aufgrund ihrer Ungleichartigkeit führte ihre isolierte Betrachtung zu uneinheitlichen und zum Teil gegensätzlichen Zwischenergebnissen. Zahlreiche Regelungen stehen in Konformität mit einer Zielsetzung, während sie sich gegenüber einer anderen neutral verhalten oder ihr sogar gegenläufig sind. Aus dem Nebeneinander der inhaltlich voneinander abweichenden gesetzgeberischen Zielvorgaben entsteht dadurch ein vielschichtiger Interessenkonflikt. Ordnete man jedem der unterschiedlichen Zielinteressen ein einheitliches Gewicht zu, ließe sich dieser abstrakt auf dem Wege der praktischen Konkordanz lösen. Ziel wäre dann eine Lösung, bei der jedem Einzelnen der konfligierenden Interessen unter bestmöglicher Erhaltung der Übrigen im Konfliktfall zur optimalen Entfaltung verholfen wird. Ist jedem der konfligierenden Interessen jedoch tatsächlich das gleiche Gewicht zuzuschreiben? Oder überwiegt im Konfliktfall das eine Interesse gegenüber dem anderen? Ist dem Verbraucherschutzinteresse gegenüber der Zielvorgabe der Verminderung des Missbrauchsaufkommens Vorrang einzuräumen? Tritt das Interesse der Verbesserung der Funktionalität des Wettbewerbs im Konfliktfall (partiell) hinter dem Verlangen nach Rechtssicherheit zurück? Ist einem der Interessen ein quantifizierbares Mehrgewicht zuzusprechen oder lassen sich die widerstreitenden Interessen in eine Rangfolge bringen? Sowohl die seitens der Gemeinschaftsorgane öffentlich zugänglich gemachten Dokumente aus dem Rechtssetzungsprozess und der Entwicklung der Richtlinie als auch die Richtlinie samt ihren Erwägungsgründen geben keine Rangfolge zwischen den konfligierenden Zielvorgaben vor und sind zur Auflösung dieses Wertungsproblems unergiebig. Eine Lösung des Zielkonflikts der widerstreitenden Interessen wäre deshalb letztlich nur auf Grundlage subjektiver Wertungen herbeizuführen. Eine Substituierung des wirklichen gesetzgeberischen Willens durch eigene Wertungen würde die Ergebnisse dieses Beitrags jedoch stärker als gewollt subjektivieren.

Die nachfolgenden Ausführungen werden sich deshalb darauf beschränken, Richtlinienregelungen aufzuzeigen, die in eklatantem Widerspruch zu einer oder mehreren gemeinschaftsgesetzgeberischen Zielsetzungen stehen, obwohl eine für die nachteilig betroffenen Zielvorgaben günstigere Lösung denkbar ist, die sich für die übrigen Ziele nicht negativ auswirken würde. Mit anderen Worten: Es werden Lösungen vorgestellt, die für eine oder mehrere Zielvorgaben gegenüber den bestehenden Richtlinienregelungen günstiger sind, ohne anderen Zielsetzungen abträglich zu sein. Erwogen werden dabei zudem, ob und wie sich diese Lösungen im Rahmen der dem nationalen Gesetzgeber verbleibenden Umsetzungsspielräume zulässigerweise und im Einklang mit den Richtlinienregelungen ganz oder teilweise in nationales Recht umsetzen lassen.

1. Haftung des Zahlungsdienstnutzers i.H.v. bis zu 150 Euro gemäß Art.61 I ZDR

Den Zielvorgaben des Gemeinschaftsgesetzgebers abträglich ist insbesondere, dass der Zahlungsdienstnutzer gemäß Art.61 I Var.1 ZDR i.H.v. 150 Euro wegen Diebstahl oder Verlust des Zahlungsinstruments unabhängig von der Verletzung einer Sorgfaltspflicht haftet. Ohne irgendeiner Zielvorgabe förderlich zu sein, stört diese Regelung die Missbrauchsminderung durch beiderseitige Anreizschaffung von Zahlungsdienstleister und Zahlungsdienstnutzer,¹¹⁹⁵ die Verbesserung des

¹¹⁹⁵ Siehe oben in Kap.3 C. III. 3. d.

Verbraucherschutzes,¹¹⁹⁶ das Gebot eines angemessenen Ausgleichs der Interessen von Zahlungsdienstnutzer und Zahlungsdienstleister¹¹⁹⁷ sowie die Stärkung des Vertrauens des Zahlungsdienstnutzers zur Verbesserung der Wettbewerbsfreiheit.¹¹⁹⁸

Der Verbesserung des Verbraucherschutzes sowie dem Gebot eines angemessenen Interessenausgleichs¹¹⁹⁹ und damit auch der Wettbewerbsfreiheit zuträglich wäre zudem, beide Varianten der Haftung des Zahlungsdienstnutzers gemäß Art.61 I ZDR dem Verschuldensprinzip zu unterwerfen. Darüber hinaus würde ihre anreizschaffende Wirkung hierdurch positiv beeinflusst, da das Verschuldensprinzip die Haftung des Zahlungsdienstnutzers auf das aus Perspektive der Anreizschaffung Gebotene beschränkt¹²⁰⁰ und gleichzeitig dem Zahlungsdienstleister Haftungskosten auferlegt, die seine Investitionsbereitschaft hinsichtlich der Verbesserung der Sicherheitsinfrastruktur erhöhen.¹²⁰¹

Aus dem Blickwinkel eines angemessenen Interessenausgleichs geboten, für den Verbraucherschutz gewinnbringend und insofern auch der Stärkung des Vertrauens des Zahlungsdienstnutzers zugunsten der Wettbewerbsfreiheit förderlich wäre zwar auch die prozentuale Beteiligung des Zahlungsdienstleisters auch bei Schäden unter 150 Euro.¹²⁰² Zu befürchten wäre allerdings eine Beeinträchtigung der Anreizschaffung zu sorgsamem Verhalten des Zahlungsdienstnutzers, der auch bei sorglosem Verhalten partiell von der auf maximal 150 Euro limitierten Haftung befreit würde. Auf der anderen Seite würde der Zahlungsdienstleister wegen verschärfter Haftung und erhöhter Kosten verstärkt zur Verbesserung der Sicherheitsstrukturen der Zahlungssysteme angehalten, sodass sich keine sicheren Prognosen über eine positive oder negative Beeinträchtigung der Missbrauchspräventionskraft durch die vorgeschlagenen Regelungsänderungen treffen lassen. Wegen der positiven Einflussnahme auf die übrigen Zielvorgaben wäre die prozentuale Beteiligung des Zahlungsdienstleisters auch bei Schäden unter 150 Euro deshalb trotz eventueller Veränderungen der Missbrauchspräventionswirkung zu begrüßen.

Die mitgliedstaatliche Beschränkung der Haftung des Zahlungsdienstnutzers auf pflichtwidriges Verhalten und ihre Unterwerfung unter das Verschuldens- und Kausalitätsprinzip sowie die prozentuale Beteiligung des Zahlungsdienstleisters bei Schäden unter 150 Euro ließen sich mit Art.61 III ZDR auch durchaus vereinbaren.

Der nationale Gesetzgeber sollte zur Ausräumung von Diskrepanzen zwischen den politischen Zielvorgaben des Gemeinschaftsgesetzgebers und der Haftungsordnung der Richtlinie den Umsetzungsspielraum des Art.61 III ZDR nutzen und die Haftung des Zahlungsdienstnutzers nach Art.61 I ZDR im nationalen Recht entsprechend der voranstehenden Ausführungen beschränken.

2. Haftung des Zahlungsdienstnutzers gemäß Art.61 II ZDR

Auch die ausschließliche Haftung des Zahlungsdienstnutzers gemäß Art.61 II ZDR entspricht nicht dem Gebot eines angemessenen Ausgleichs zwischen den Interessen von Zahlungsdienstnutzer und Zahlungsdienstleister.¹²⁰³ Die Schaffung der latenten Gefährdungslage durch den Zahlungs-

¹¹⁹⁶ Siehe oben in Kap.3 C. III. 4. a. 2.) b.).

¹¹⁹⁷ Siehe oben in Kap.3 C. IV. 2. a.

¹¹⁹⁸ Ist eine Regelung dem Verbraucherschutz und dem Gebot eines angemessenen Interessenausgleichs zulasten des Zahlungsdienstnutzers abträglich, schlägt sich dies negativ im für den transnationalen Austauschprozess erforderlichen Verbrauchervertrauen nieder; siehe oben in Kap.3 C. III. 1.

¹¹⁹⁹ Dies gilt allerdings nur für die kontinental-europäischen Rechtstraditionen; siehe oben in Kap.3 C. IV. 2. a.

¹²⁰⁰ Siehe oben in Kap.3 C. III. 3. b. 3.) b.).

¹²⁰¹ Siehe oben in Kap.3 C. III. 3. c.

¹²⁰² Siehe oben in Kap.3 C. IV. 1. b. sowie Kap.3 C. IV. 2. a.

¹²⁰³ Siehe oben in Kap.3 C. IV. 2. b.

dienstleister sollte auch bei grob fahrlässiger oder vorsätzlicher Pflichtverletzung des Zahlungsdienstnutzers berücksichtigt werden. Der Zahlungsdienstleister könnte je nach Verschuldensgrad des Zahlungsdienstnutzers quotal am Schaden beteiligt werden.¹²⁰⁴ Zudem wäre dies dem Verbraucherschutz zuträglich und könnte das Vertrauen des Zahlungsdienstnutzers in die Haftungsstrukturen zugunsten der Wettbewerbsfreiheit fördern. Der Anreizschaffung beim Zahlungsdienstnutzer würde eine Haftungsbeteiligung des Zahlungsdienstleisters keinen Abbruch tun, denn schließlich müsste der Zahlungsdienstnutzer weiterhin in hoher Quote haften.

3. Möglichkeit der Prozessvermutung zugunsten der Bank gemäß Art.59 II ZDR

Entschiedene Kritik verdient Art.59 II ZDR. Sein diffuser und auslegungsbedürftiger Wortlaut und die Zulässigkeit von Prozessvermutungen zulasten des Zahlungsdienstnutzers sind sowohl dem Verbraucherschutz¹²⁰⁵ als auch der Rechtssicherheit,¹²⁰⁶ der Vertrauenssteigerung der Zahlungsdienstnutzer zugunsten der Wettbewerbsfreiheit¹²⁰⁷ und dem Grundpostulat eines angemessenen Interessenausgleichs zwischen Zahlungsdienstnutzer und Zahlungsdienstleister abträglich. Zur Missbrauchsreduzierung ist die Zulässigkeit von Anscheinsvermutungen über die Autorisierung bzw. Verschulden des Zahlungsdienstnutzers derzeit zwar erforderlich, sie sollte auf mittel- und längerfristige Sicht jedoch aufgrund der gewichtigen Einbußen für die übrigen gemeinschaftsgesetzgeberischen Zielvorgaben für unzulässig erklärt werden. Zu empfehlen wäre insofern eine Übergangsregelung mit befristeter Zulässigerklärung der Prozessvermutung.¹²⁰⁸ Aufgrund des weiten Wortlauts des Art.59 II ZDR wäre eine Übergangsbestimmung gemeinschaftsrechtlich nicht zu beanstanden.

4. Präklusion des Berichtigungsanspruchs des Zahlungsdienstnutzers gemäß Art.58 ZDR

Die vollständige Präklusion des Berichtigungsanspruchs des Zahlungsdienstnutzers verstößt in eklatanter Weise gegen das Gebot eines angemessenen Ausgleichs der Interessen von Zahlungsdienstnutzer und Zahlungsdienstleister,¹²⁰⁹ den Verbraucherschutz¹²¹⁰ und stört dabei die Anreizschaffung zur Verbesserung der Sicherheitsstrukturen der Zahlungssysteme durch vollständige Haftungsfreistellung des Zahlungsdienstleisters.¹²¹¹ Die Anreizschaffung beim Zahlungsdienstnutzer zu sofortiger (missbrauchspräventiver) Mitteilung gegenüber dem Zahlungsdienstleister wird zwar erhöht, ohne in Hinblick auf Entlastung des Zahlungsdienstleisters jedoch mit Gewissheit zu einer Minderung des Missbrauchs führen zu können. Gelegenheit zur Ausräumung dieses Missstandes im Rahmen der Umsetzung der Richtlinie bleibt dem mitgliedstaatlichen Gesetzgeber in Ermangelung entsprechender in der Richtlinie bezeichneter Umsetzungsspielräume wegen des grundsätzlich zwingenden Charakters der Richtlinienbestimmungen¹²¹² jedoch nicht.

¹²⁰⁴ Siehe oben unter Kap.3 C. IV. 2. b.

¹²⁰⁵ Siehe oben in Kap.3 C. III. 4. a. 2.) d.)

¹²⁰⁶ Siehe oben in Kap.3 C. III. 2. a.

¹²⁰⁷ Siehe oben in Kap.3 C. III. 1.

¹²⁰⁸ Siehe oben in Kap.3 C. III. 4. b.

¹²⁰⁹ Siehe oben in Kap.3 C. IV. 2. d.

¹²¹⁰ Siehe oben in Kap.3 C. III. 4. a. 2.) a.).

¹²¹¹ Siehe oben in Kap.3 C. III. 3. d.

¹²¹² Siehe oben in Kap.3 B. III.

5. Keine Berücksichtigung von Pflichtverletzungen und Mitverschulden des Zahlungsdienstleisters

Alle in diesem Beitrag untersuchten mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen bedienen sich zur Herbeiführung flexibler Lösungen des Rechtsinstituts „Mitverschulden“ bzw. „*concurrentia de culpas*“ bzw. „*contributory negligence*“.¹²¹³ Erfahrungsgemäß kann Mitverschulden bei beiderseitigem Verschulden bzw. beiderseitiger Pflichtverletzung durch Anknüpfung an die unterschiedlichen Verantwortungsbereiche der Beteiligten zu interessengerechteren Lösungen führen als die einseitige (evtl. der Höhe nach begrenzte) Haftungszuordnung nach dem Alles-oder-Nichts-Prinzip.¹²¹⁴ Ohne ersichtlichen Grund wurde dieses traditionelle Korrektiv zur Behebung unbilliger einseitiger Lösungen in der Zahlungsdiensterichtlinie nicht aufgegriffen.¹²¹⁵ Stattdessen ordnet die Zahlungsdiensterichtlinie ohne Rücksicht auf Pflichtverletzungen bzw. Verschulden des Zahlungsdienstleisters in bestimmten Sachlagen die Haftung einseitig dem Zahlungsdienstnutzer zu.¹²¹⁶ Statt mit Schadensquotelungen operiert sie dabei mit der Zuordnung von fixen Haftungsbeträgen und insbesondere der vollständigen Haftung und der Gesamtpräklusion von Ansprüchen.

Insbesondere in Hinblick auf das Grundpostulat eines angemessenen Ausgleichs der Interessen von Zahlungsdienstnutzer und Zahlungsdienstleister wäre die Einbeziehung von Pflichtverletzungen bzw. Verschulden des Zahlungsdienstleisters in die Haftungsordnung geboten,¹²¹⁷ ohne dabei andere Zielvorgaben des Gemeinschaftsgesetzgebers zu gefährden.

Gewinnbringend wäre eine negative Sanktionierung von Pflichtverletzungen bzw. Verschulden des Zahlungsdienstleisters zudem für dessen Anreizschaffung zur Vermeidung der missbrauchsfördernden Pflichtverletzungen. Wenig einleuchtend ist die Nennung der Pflichten des Zahlungsdienstleisters in Art.57 ZDR, deren Verletzung abgesehen von der Pflicht aus Art.57 I c) ZDR¹²¹⁸ mit keinerlei schadensersatzrechtlicher Sanktionierung des Zahlungsdienstleisters versehen ist. Eine Sanktionierung wäre als Impuls zur Anreizschaffung zum begehrten Verhalten des Zahlungsdienstleisters jedoch unbedingt erforderlich.

In Umsetzung der Richtlinie sollten die Mitgliedstaaten insofern von dem ihnen eingeräumten Umsetzungsspielraum des Art.61 III ZDR Gebrauch machen und die Haftung des Zahlungsdienstnutzers bei Mitverschulden des Zahlungsdienstleisters durch quotalen Schadensbeteiligung des Zahlungsdienstleisters herabsetzen. Begrenzt ist dieser Umsetzungsspielraum des nationalen Gesetzgebers allerdings auf Fälle einfacher und grober Fahrlässigkeit des Zahlungsdienstnutzers, sodass eine Herabsetzung der Haftung für zahlungsdienstnutzerseitigen Vorsatz unzulässig ist.

6. Keine umfassende Harmonisierung beiderseitiger Sorgfaltspflichten

Wünschenswert wäre ferner ein einheitlicher Katalog verbindlicher beiderseitiger Sorgfaltspflichten gewesen. Während der Pflichtenkatalog des Art.57 I ZDR seine Verbindlichkeit *de facto* in Ermangelung rechtlicher Konsequenzen bei Pflichtverstößen des Zahlungsdienstleisters einbüßt, bleiben

¹²¹³ Im deutschen Haftungsrecht siehe oben in Kap.2 A. II. 2. d. 4.), in der englischen Rechtsordnung in Kap.2 B. II. 3. a. und in der spanischen Missbrauchshaftung oben in Kap.2 C. I. 3. b. 3.).

¹²¹⁴ *Looschelders*, Die Mitverantwortlichkeit des Geschädigten im Privatrecht, S.113.

¹²¹⁵ Zum rechtshistorischen Hintergrund des Mitverschuldens vgl. ausf. *Looschelders*, Die Mitverantwortlichkeit des Geschädigten im Privatrecht, S.6 ff.

¹²¹⁶ Dies gilt sowohl für die Haftung gemäß Art.61 I ZDR bei Schäden von bis zu 150 Euro und die volle Haftung des Zahlungsdienstnutzers gem. Art.61 II ZDR als auch für die Präklusion des Berichtigungsanspruchs gemäß Art.58 ZDR und ggf. die Undurchsetzbarkeit eines Anspruchs wegen einer Prozessvermutung nach Art.59 II ZDR.

¹²¹⁷ Siehe oben in Kap.3 C. IV. 3.

¹²¹⁸ Ein Verstoß gegen die Pflicht des Zahlungsdienstleisters aus Art.57 I c) ZDR zur Bereitstellung geeigneter Mittel zur Vornahme einer Anzeige des Zahlungsdienstnutzers gem. Art.56 I b) ZDR befreit den redlichen Zahlungsdienstnutzer vollumfänglich von der Haftung für Missbrauch des betroffenen Zahlungsmittels.

die Pflichten des Zahlungsdienstnutzers gemäß Art.56 I a) ZDR dem vertraglichen Gestaltungsbe-
lieben des Zahlungsdienstleisters vorbehalten.¹²¹⁹ Die Festsetzung eines festen Pflichtenkatalogs
wäre nicht nur ein Zugewinn für die Rechtssicherheit im Gemeinschaftsraum,¹²²⁰ sondern könnte
durch entsprechende informationspolitische Maßnahmen der Gemeinschaft gegenüber dem Zah-
lungsdienstnutzer auch dessen Bewusstsein über einen angemessenen Umgang mit Zahlungsinstru-
menten schärfen. Die mit einem einheitlichen Pflichtenkatalog einhergehende verbesserte Haftungs-
transparenz könnte darüber hinaus das grenzüberschreitende Vertrauen der Zahlungsdienstnutzer in
fremde mitgliedstaatliche Haftungsordnungen zugunsten der Wettbewerbsfreiheit stärken.¹²²¹

¹²¹⁹ Vgl. oben in Kap.3 C. III. 2. d.

¹²²⁰ Vgl. oben in Kap.3 C. III. 2. d.

¹²²¹ Vgl. oben in Kap.3 C. III. 1.

Zusammenfassung der Ergebnisse und Ausblick

Überweisung, kartengestützte Zahlungen und Lastschriftverfahren gehören zu den innerhalb Europas etabliertesten bargeldlosen Zahlungsarten. Mit ihrer Verbreitung einher geht ein hohes Aufkommen zunehmend professionalisierten Missbrauchs, das den innereuropäischen Zahlungsverkehr erheblich stört. Eine Rückführung des mit Missbrauchsabsicht transferierten Buchgelds ist häufig aufgrund mangelnder Identifizierbarkeit oder Zahlungsunfähigkeit des begünstigten Missbrauchstäters rechtlich oder faktisch nicht möglich, sodass den übrigen Verfahrensbeteiligten hohe Schäden entstehen können. Im Bank-Kunden-Verhältnis stellt sich vor diesem Hintergrund die Frage, wer dieses finanzielle Risiko zu tragen hat. In der Vergangenheit war die Zuordnung des Missbrauchsrisikos ganz überwiegend nach nationalem Recht zu beurteilen. Einzige europarechtlich verbindliche Vorschrift war Art.8 der Fernabsatzrichtlinie (97/7/EG), die das Missbrauchsrisiko kartengestützter Zahlungen im Fernabsatz grundsätzlich der Bank zuweist.

Durch Schaffung der europäischen Zahlungsdiensterichtlinie änderte sich dieser Zustand entschieden. Rechtspolitische Grundlage der Richtlinie war zum einen die Lissabon-Strategie der Europäischen Gemeinschaft zur Vollendung des Binnenmarkts. Zum anderen verlangte die SEPA-Initiative der europäischen Bankwirtschaft zur Schaffung eines einheitlichen Zahlungsverkehrsraums innerhalb der Europäischen Gemeinschaft einen harmonisierten europäischen Rechtsrahmen. Vor diesem Hintergrund schuf die Europäische Kommission im Zusammenwirken mit Europäischem Parlament und Europäischem Rat die Richtlinie 2007/64/EG vom 13. November 2007 über Zahlungsdienste im Binnenmarkt (Zahlungsdiensterichtlinie). Zusätzlich zu bereits bestehenden Zahlungsdienstleistern konstituiert die Zahlungsdiensterichtlinie mit den sogenannten „Zahlungsinstituten“ eine neue Kategorie von Zahlungsdienstleistern. Für diese Institute normiert die Richtlinie eine Reihe spezieller zulassungs- und aufsichtsrechtlicher Regelungen. Darüber hinaus werden umfassende Informationspflichten von Zahlungsdienstleistern gegenüber Zahlungsdienstnutzern festgelegt. Zudem enthält die Richtlinie Regelungen über die Ausführungszeit von Zahlungstransaktionen, die Wertstellung von Gutschriften und Belastungen und den Widerruf von Zahlungsaufträgen. Der europäische Gesetzgeber nutzte die Gelegenheit der Schaffung der Zahlungsdiensterichtlinie außerdem, um den bislang unharmonisierten Bereich der Missbrauchshaftung zwischen Bank und Kunde im bargeldlosen Zahlungsverkehr einer Harmonisierung zuzuführen.

Erfasst von der neuen Missbrauchshaftung werden insbesondere Überweisungen, kartengestützte Zahlungen und das Lastschriftverfahren. Ohne die nationalen Regelungen über die Missbrauchshaftung vollumfänglich abzulösen, schließen die neuen Missbrauchsvorschriften an bestehende Strukturen mitgliedstaatlichen Rechts an. Im Einklang mit bestehendem nationalem Recht ist strukturelles Kernelement der Richtlinienregelungen das Erfordernis der Autorisierung eines Zahlungsvorgangs für die Rechtmäßigkeit seiner Durchführung (Art.54 ZDR). Veranlasst der Zahlungsdienstleister einen Zahlungsvorgang ohne Autorisierung des Zahlungsdienstnutzers, hat er diesem den Betrag des nicht autorisierten Zahlungsvorgangs unverzüglich zu erstatten und gegebenenfalls das belastete Konto wieder auf den Stand zu bringen, auf dem es sich ohne den nicht autorisierten Zahlungsvorgang befunden hätte (Art.60 I ZDR). Ohne sich auf Missbrauchssachverhalte zu beschränken, bilden drittmisbräuchliche Zahlungstransaktionen den Hauptanwendungsbereich der Vorschrift. Grundsätzlich trägt mithin der Zahlungsdienstleister das Missbrauchsrisiko. Unabhängig von der Art des Zahlungsmittels gilt dieser Grundsatz für alle von der Zahlungsdiensterichtlinie erfassten Zahlungsdienste.

Als Spezialvorschrift für Zahlungstransaktionen unter Verwendung eines Zahlungsinstruments ist Art.61 ZDR zu berücksichtigen. Er enthält eine Reihe von Bestimmungen, die den voranstehend bezeichneten Grundsatz durchbrechen und dem Zahlungsdienstnutzer partiell und unter bestimmten Voraussetzungen sogar vollumfänglich den Missbrauchsschaden zuweisen. Anders als sein Wortlaut zunächst vermuten ließe, erfasst der Begriff „Zahlungsinstrument“ neben Zahlungskarten gemäß der Begriffsbestimmung aus Art.4 Nr.23 ZDR auch *„jeden personalisierten Verfahrensablauf, der zwischen dem Zahlungsdienstnutzer und dem Zahlungsdienstleister vereinbart wurde und der vom Zahlungsdienstnutzer eingesetzt werden kann, um einen Zahlungsauftrag zu erteilen“*. Die Regelung des Art.61 ZDR betrifft somit neben karten- insbesondere auch computergestützte Zahlungsverfahren wie das PIN/TAN-gesicherte *Internet-Banking*, die durch besondere, nur dem Zahlungsdienstnutzer bekannt gemachte Sicherheitsmerkmale als „personalisiert“ zu qualifizieren sind. Nicht von der Definition erfasst werden demgegenüber das Lastschriftverfahren und beleghafte Überweisungen, sodass sich Missbrauch in diesen Verfahren uneingeschränkt nach dem Haftungsgrundsatz des Art.60 I ZDR richtet.

Bei von einem oder über einen Zahlungsempfänger ausgelösten Zahlungsvorgängen ist die Spezialregelung des Art.62 ZDR einschlägig. Anders als die voranstehenden Bestimmungen gilt diese Vorschrift für bereits autorisierte Zahlungsvorgänge und spricht dem Zahlungsdienstnutzer unter bestimmten Voraussetzungen einen Erstattungsanspruch gegenüber dem Zahlungsdienstleister zu. Der begrenzte Anwendungsbereich der Vorschrift betrifft Missbrauchssachverhalte, in denen der Zahlungsempfänger einen Zahlungsvorgang einleitet, der zwar vom Rahmenvertrag erfasst ist, für den es im Valutaverhältnis zwischen Zahler und Zahlungsempfänger jedoch keine legitime Grundlage gibt. Liegt eine derartige Konstellation vor und sind die übrigen Voraussetzungen aus Art.62 I a) und b) ZDR erfüllt, kann der Zahlungsdienstnutzer vom Zahlungsdienstleister die Erstattung des eingezogenen Betrags verlangen.

Von entscheidender Bedeutung für die Missbrauchshaftung ist außerdem die Obliegenheit des Zahlungsdienstnutzers zur Anzeige nicht autorisierter oder fehlerhaft ausgeführter Zahlungsvorgänge, deren Missachtung zur Präklusion des Berichtigungsanspruchs des Zahlungsdienstnutzers gegen den Zahlungsdienstleister führt (Art.58 ZDR).

Die Beweislastregelung des Art.59 ZDR hat erheblichen Einfluss auf die prozessuale Durchsetzbarkeit bestehender Ansprüche und bestimmt maßgeblich die faktische Verwirklichung der materiellen Haftungsregelungen.

Die dieser neuen Haftungsordnung zugrunde liegenden gesetzgeberischen Motivationen und Zielvorstellungen kommen in den richtlinieneigenen Erwägungsgründen zum Ausdruck. Hierzu gehören der Verbraucherschutz, die Stärkung des Binnenmarkts und der Rechtssicherheit und die Verminderung des Missbrauchsaufkommens. Ohne im Regelungswerk der Richtlinie ein derartiges ausdrückliches Bekenntnis des Gemeinschaftsgesetzgebers finden zu können, ist aufgrund des einhelligen Konsenses in den mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen zudem vom gesetzgeberischen Bestreben nach einem ausgewogenen Ausgleich zwischen den Interessen von Zahlungsdienstnutzer und Zahlungsdienstleister auszugehen. Im europäischen Kontext schlägt sich dieser in einem europaweit einheitlichen Kanon bestimmter Haftungsstrukturmerkmale wieder, dessen Berücksichtigung zur Gewährleistung des erwünschten Interessenausgleichs auch der Haftungsordnung der Richtlinie abzuverlangen ist.

Obwohl der Gemeinschaftsgesetzgeber die innereuropäische Rechtsordnung durch Schaffung der neuen Haftungsregelungen den in den Erwägungsgründen zum Ausdruck gebrachten Zielvorgaben in einigen Punkten näher gebracht hat, berücksichtigte er sie nicht konsequent und hätte zugunsten der selbst deklarierten Zielsetzungen gewinnbringendere Lösungen finden und zugleich die gemein-

schaftsweit etablierten Haftungsstrukturmerkmale konsequenter einhalten können. Durch gezielte Herabsetzung der Haftung des Zahlungsdienstnutzers in den Umsetzungsgesetzen können die Mitgliedstaaten allerdings die nationale Missbrauchshaftung im Einklang mit Art.61 III ZDR den politischen Zielvorgaben und dabei durch Anknüpfung an bewährte Haftungsstrukturmerkmale gleichzeitig einem ausgewogenen Ausgleich zwischen den Interessen von Zahlungsdienstnutzer und Zahlungsdienstleister näher bringen:

Gegen die gemeinschaftsgesetzgeberischen Zielvorgaben verstößt zunächst Art.61 I ZDR. Anders als in der Vorschrift grundsätzlich vorgesehen, sollte die Haftung des Zahlungsdienstnutzers in beiden Tatbestandsvarianten dem Verschuldensprinzip unterworfen werden. Für eine Haftung des Zahlungsdienstnutzers gemäß Art.61 I Var.1 ZDR sollte überdies eine vertragliche Pflichtverletzung zur Voraussetzung gemacht werden. Auch der Zahlungsdienstleister sollte zudem an Schäden in Höhe von bis zu 150 Euro nach dem Prinzip des Mitverschuldens beteiligt werden. Der Grund für die Abkehr des Gemeinschaftsgesetzgebers von den genannten traditionellen Haftungsstrukturen ist nicht ersichtlich. Insbesondere der Blick auf die nationalen Rechtsordnungen in Deutschland, England und Spanien kann die Abweichungen nicht erklären, denn in allen drei Rechtsordnungen werden die bezeichneten Strukturen konsequent eingehalten. Zwar ist der englischen Rechtsordnung das Verschuldensprinzip fremd. Durch ausdrückliche Berücksichtigung der Haftung des Zahlungsdienstnutzers gemäß Art.61 II ZDR entschied sich der Gemeinschaftsgesetzgeber jedoch im Einklang mit der kontinentaleuropäischen Rechtstradition für das Verschuldensprinzip. Seine Nichtbeachtung in Art.61 I ZDR ist deshalb wenig nachvollziehbar. Vor diesem Hintergrund sollten die mitgliedstaatlichen Gesetzgeber den durch Art.61 III ZDR gewährten Umsetzungsspielraum ausschöpfen und die Haftung des Zahlungsdienstnutzers zumindest bei einfacher und grober Fahrlässigkeit von einer Pflichtverletzung und Verschulden abhängig machen und dem Prinzip des Mitverschuldens unterwerfen. Für vorsätzliche Pflichtverletzung und betrügerische Absicht des Zahlungsdienstnutzers verbleibt den Mitgliedstaaten demgegenüber kein Gestaltungsraum.

Kritik verdient ferner Art.61 II ZDR. Auch bei grob fahrlässiger und vorsätzlicher Vertragspflichtverletzung sollte die Bestimmung stets eine Schadensbeteiligung des Zahlungsdienstleisters vorsehen und die Schaffung der Gefährdungslage durch den Zahlungsdienstnutzer konsequent berücksichtigen. Zwar würde diese Lösung nicht von einer entsprechenden einheitlichen Haftungsregelung in den Rechtsordnungen Deutschlands, Englands und Spaniens gestützt. Grund hierfür ist, dass das Recht des Zahlungsverkehrs sich bislang vornehmlich nach allgemeinem Vertragsrecht richtete und eine spezialgesetzliche Gefährdungshaftung zulasten des Zahlungsdienstleisters sich noch nicht für alle von der Richtlinie erfassten Zahlungsmittel durchsetzen konnte. Allein bei Kartenzahlungen im Fernabsatz haftet der Zahlungsdienstleister gegenüber dem Zahlungsdienstnutzer bereits nach derzeitigem Recht einheitlich aufgrund der gemeinschaftsrechtlichen Vorgabe des Art.8 Fernabsatzrichtlinie. Dennoch finden die Missbrauchsanfälligkeit der Zahlungssysteme und das hohe Schadensrisiko als typische Anknüpfungspunkte einer Gefährdungshaftung auch hinsichtlich der übrigen Zahlungsverfahren in allen drei untersuchten Rechtsordnungen auf unterschiedliche Weise Berücksichtigung: Zunächst gilt in den Rechtsordnungen unabhängig vom Zahlungsmittel gleichsam der im allgemeinen Vertrags- und Auftragsrecht wurzelnde Grundsatz, dass zunächst der Zahlungsdienstleister das Risiko missbräuchlicher Zahlungstransaktionen zu tragen hat. Darüber hinaus ist dem Zahlungsdienstleister auch bei pflichtwidrigem Verhalten des Zahlungsdienstnutzers auf Grundlage des allgemeinen Schadensersatzrechts je nach vom Missbrauch betroffenen Zahlungsverfahren eine Schadloshaltung nicht immer möglich. In Deutschland greifen die Spitzenverbände des deutschen Kreditgewerbes dem Gesetzgeber vor und halten für einige Zahlungsverfahren unterschiedliche Haftungsprivilegierungen des Zahlungsdienstnutzers bereit. Nicht zuletzt deshalb wird

sich der deutsche Gesetzgeber bis zur Schaffung der Zahlungsdiensterichtlinie nicht in der Pflicht gesehen haben, zur Berücksichtigung der dem Zahlungsverkehr zugrunde liegenden besonderen Gefährdungslage eine spezialgesetzliche Gefährdungshaftung zulasten der die Zahlungsverkehrssysteme unterhaltenden Kreditwirtschaft hervorzubringen. In England verhält es sich ähnlich. Bereits spezialgesetzlich ausgeschlossen ist die Schadloshaltung des Zahlungsdienstleisters gegenüber dem Zahlungsdienstnutzer allerdings im Anwendungsbereich von §§ 83, 84 CCA. Aus dem Kreis der vorliegend untersuchten Zahlungsmittel erfassen die Vorschriften lediglich Kreditkarten. Hinsichtlich der übrigen Zahlungskarten finden sich im *Banking Code* und im *Business Banking Code* gewisse Haftungsprivilegierungen, die regelmäßig explizit in den Vertrag einbezogen und ansonsten als *implied terms* Vertragsbestandteil werden. In Spanien manifestiert sich das dem Zahlungsverkehr wesensimmanente besonders hohe Schadensrisiko insbesondere in der von der Rechtsprechung entwickelten analogen Anwendung des Art.156 LCC auf gefälschte Überweisungsträger, die konsequenterweise dem Grunde nach auch auf Missbrauch im kartengestützten Zahlungsverkehr und im Lastschriftverfahren zu erstrecken ist. Das den missbrauchsanfälligen Zahlungssystemen wesensimmanente, erhöhte Schadenseintrittsrisiko wird in allen vorliegend untersuchten nationalen Rechtsordnungen folglich auch ohne spezialgesetzlichen Niederschlag berücksichtigt. Seine konsequente Berücksichtigung in der Haftungsordnung der Zahlungsdiensterichtlinie wäre vor diesem Hintergrund kein Bruch mit bestehendem Recht, sondern entspräche bestehenden Tendenzen in der europäischen Rechtswirklichkeit. Im Einklang mit den übrigen gesetzgeberischen Zielvorgaben wäre eine quotale Schadensbeteiligung des Zahlungsdienstleisters auch bei grob fahrlässiger und vorsätzlicher Vertragspflichtverletzung des Zahlungsdienstnutzers gemäß Art.62 II ZDR als Ausdruck einer Gefährdungshaftung wünschenswert gewesen. Der Gemeinschaftsgesetzgeber sollte deshalb den durch Art.61 III ZDR gewährten Gestaltungsspielraum ausschöpfen und zumindest die Haftung des Zahlungsdienstnutzers für grobe Fahrlässigkeit durch quotale Schadensbeteiligung des Zahlungsdienstleisters herabsetzen.

Wenig überzeugend ist auch die Beweislastregelung des Art.59 II ZDR, die in Abkehr vom ursprünglichen Kommissionsentwurf KOM (2005) 603 Prozessvermutungen zugunsten des Zahlungsdienstleisters auf Grundlage der Aufzeichnungen über einen Zahlungsvorgang für zulässig erklärt und dadurch zahlreiche in den Erwägungsgründen zum Ausdruck kommende Zielvorgaben nachhaltig stört. Bereits nach derzeitiger Rechtslage bestehen in Deutschland und Spanien erhebliche Uneinigkeiten über den Beweiswert elektronischer Aufzeichnungen über Zahlungsvorgänge. Eine Erhellung der Rechtslage durch unmissverständliche europäische Vorgaben wäre sehr zu begrüßen gewesen. Den Mitgliedstaaten ist nun zu empfehlen, in Umsetzung der Zahlungsdiensterichtlinie eine Übergangsregelung mit befristeter Zulässigerklärung der Prozessvermutung zu schaffen, um den Zahlungsdienstleistern ausreichend Zeit zur Verbesserung der Aufklärbarkeit von Missbrauchssachverhalten durch entsprechende Systemneuerungen zu geben. Mit dem weiten Wortlaut von Art.59 II ZDR ist eine derartige Übergangsbestimmung vereinbar.

Auch die gemeinschaftsgesetzgeberische Entscheidung zur Präklusion des Berichtigungsanspruchs des Zahlungsdienstnutzers gemäß Art.58 ZDR bei nicht unverzüglicher Anzeige eines unautorisierten Zahlungsvorgangs lässt sich weder durch einen Blick auf die derzeitige Rechtslage in Deutschland, England und Spanien erklären, noch ist sie vereinbar mit den eigenen Zielvorgaben der Richtlinie. In Abkehr von den nationalen Rechtsordnungen schwächt die Regelung die Rechtsposition des Zahlungsdienstnutzers beträchtlich. Eine Korrektur durch von der Bestimmung abweichende Umsetzungsgesetze lässt sich aufgrund des zwingenden Charakters der Richtlinienbestimmungen seitens der Mitgliedstaaten nicht erreichen.

Wünschenswert wäre zudem eine konsequente Berücksichtigung des nicht nur in den vorliegend untersuchten nationalen Rechtsordnungen Deutschlands, Englands und Spaniens, sondern im gesamten Rechtsraum der Gemeinschaft gemeinhin anerkannten Prinzips des Mitverschuldens gewesen. Im Einklang mit den übrigen gemeinschaftsrechtlichen Zielvorgaben wäre sie vor allem dem haftungsrechtlichen Gebot eines angemessenen Ausgleichs zwischen den Interessen von Zahlungsdienstnutzer und Zahlungsdienstleister zuträglich gewesen. Zur Herbeiführung einer interessengerechteren und flexibleren Haftungszuordnung und der Vermeidung starrer Alles-oder-Nichts-Lösungen ist das Prinzip des Mitverschuldens ein zentrales und unentbehrliches Korrektiv des Schadensersatzrechts. Entschiedene Kritik muss sich insofern die nahezu vollumfängliche Nichtbeachtung vorwerbaren Verhaltens des Zahlungsdienstnutzers gefallen lassen. Zwar listet Art.57 I ZDR eine Reihe von Pflichten des Zahlungsdienstleisters auf. Wie der Blick auf die nationalen Rechtsordnungen verrät, schweigt der Katalog jedoch über einige in der Praxis überaus bedeutsame Pflichten, wie etwa diejenige zur sorgfältigen Authentifizierung eines Zahlungsvorgangs. Wenig einleuchtend ist überhaupt die Nennung der bezeichneten Pflichten in Art.58 I ZDR, denn abgesehen von Art.61 V ZDR knüpft die Haftungsordnung keine zwingenden Sanktionen zulasten des Zahlungsdienstleisters an ihre Verletzung. Zur nachträglichen Implementierung des Prinzips des Mitverschuldens in die Missbrauchshaftung verbleibt den Mitgliedstaaten der Umsetzungsspielraum des Art.61 III ZDR. Dieser erlaubt allerdings weder die Herabsetzung der Haftung des Zahlungsdienstnutzers bei dessen vorsätzlicher Pflichtverletzung noch in anderen Fällen als der Haftung gemäß Art.61 I und II ZDR. Die Berücksichtigung von Mitverschulden des Zahlungsdienstleisters im Fall der Präklusion des Berichtigungsanspruchs des Zahlungsdienstnutzers gemäß Art.58 ZDR scheidet deshalb ebenfalls aus.

Schließlich wäre ein abschließender, zwingender und harmonisierter Katalog beiderseitiger Sorgfaltspflichten zu begrüßen gewesen. Denn bereits der Blick auf die deutsche, englische und spanische Rechtsordnung reflektiert die Unübersichtlichkeit der in Rechtsprechung und Literatur angenommen Sorgfaltspflichten von Zahlungsdienstleister und Zahlungsdienstnutzer. Vor allem der innereuropäischen Rechtssicherheit dienlich wäre sowohl die Harmonisierung der Pflichten, als auch des Maßstabs beiderseitig anzuwendender Sorgfalt. Eine Nachbesserung durch den nationalen Gesetzgeber zur Behebung dieses Mangelzustands ist nur begrenzt möglich, denn zumindest eine europaweite Harmonisierung kann er offenkundig nicht bewerkstelligen. Zumindest auf nationaler Ebene lässt sich jedoch ein einheitlicher Pflichtenkatalog für Zahlungsdienstnutzer und Zahlungsdienstleister festlegen. Eine europaweite Lösung wäre demgegenüber denkbar durch einen Vorstoß der europäischen Bankwirtschaft. Mit der Festlegung einheitlicher und verbindlicher Pflichten betraut werden könnte etwa der zur Schaffung des einheitlichen Zahlungsverkehrsraums eingerichtete Europäische Zahlungsverkehrsausschuss (*European Payment Council*).

Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass die neuen Haftungsbestimmungen der Zahlungsdiensterichtlinie bei näherer Betrachtung und vergleichendem Blick auf die bestehenden Regelungen in Deutschland, England und Spanien den politischen Zielvorgaben des europäischen Gesetzgebers nicht konsequent folgen. Vor allem auf Grundlage von Art.61 III ZDR können die mitgliedstaatlichen Gesetzgeber allerdings durch gezielte Ausschöpfung des gewährten Umsetzungsspielraums eine Reihe der den Richtlinienregelungen anhaftenden Defekte zugunsten der bekundeten europäischen Bestrebungen korrigieren. Eine vollumfängliche Ausräumung der voranstehend aufgeführten Kritikpunkte lässt sich wegen des zwingenden Charakters der Richtlinienregelungen allerdings auf nationaler Ebene nicht mehr erreichen.

Literaturverzeichnis

- Aepfelbach, Rolf/Cimiotti, Gerd: "Zur Sicherheit des ec-Kartensystems" in WM 1998, S. 1218 ff., (zit.: *Aepfelbach/Cimiotti*, WM 1998).
- Alfaro Aguila-Real, Jesus: "Observaciones sobre la transferencia bancaria" in CDC September 1995, Heft Nr. 17, S. 31 ff., (zit.: *Alfaro Aguila-Real*, CDC Sep. 1995, Nr. 17).
- Alonso Espinosa, Francisco Jose: "Orden falsa de transferencia y responsabilidad del banco" in La Ley 1992, Band 1, S. 226 ff., (zit.: *Alonso Espinosa*, La Ley 1992).
- Alvarado Herrera, Lucía: "Introducción al concepto de transferencia bancaria" in CDC Dezember 1995, Heft Nr. 18, S. 213 ff., (zit.: *Alvarado Herrera*, CDC Dez. 1995, Nr. 18).
- Alvarado Herrera, Lucía: La transferencia bancaria, Madrid 1999, (zit.: *Alvaro Herrera*, La transferencia bancaria).
- Amelung, Knut: "Rechtsgutverletzung und Sozialschädlichkeit" in Recht und Moral, Beiträge zu einer Standortbestimmung, Hrsg. Jung/Müller-Dietz/Neumann, Baden-Baden 1991, S.269 ff., (zit.: *Ame-lung*, Rechtsgutverletzung und Sozialschädlichkeit).
- Andrews, Neil: English Civil Procedure, Fundamentals of the new civil justice system, Oxford 2003, (zit.: *Andrews*, English Civil Procedure).
- Angel Yagüez, Ricardo de: Tratado de responsabilidad civil, 3.Aufl., Madrid 1993, (zit.: *De Angel Yágüez*, Tratado de responsabilidad civil).
- Aragón Reyes, Manuel: "Las fuentes. En particular el problema de los Estatutos y de las Circulares del Banco de España" in Contratos Bancarios, Hsg. García Villaverde, Madrid 1992, S. 19 ff., (zit.: *Aragón Reyes*, Contratos Bancarios).
- Arnauld, Andreas von: Rechtssicherheit, Perspektivische Annäherungen an eine *idée directrice* des Rechts, Tübingen 2006, (zit.: *Von Arnauld*, Rechtssicherheit).
- Atiyah, Patrick/Smith, Stephen: Atiyah's Introduction to the Law of Contract, 6. Auflage, Oxford 2005, (zit.: *Atiyah/Smith*, Atiyah's Introduction to the Law of Contract).
- Bamberger, Heinz Georg/Roth, Herbert: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, München 2008, (zit.: *Bamberger/Roth-Bearbeiter*, BGB-Kommentar).
- Bar, Christian von: Gemeineuropäisches Deliktsrecht, München 1999, (zit.: *Von Bar*, Gemeineuropäisches Deliktsrecht, Band II).
- Bar, Christian von/Drobnig, Ulrich: The Interaction of Contract Law and Tort and Property Law in Europe, A Comparative Study, München 2004, (zit.: *Von Bar/Drobnig*, The Interaction of Contract Law and Tort and Property Law in Europe).
- Bar, Christian von/Zimmermann, Reinhard: Grundregeln des Europäischen Vertragsrechts, Teil I und II, Kommission für Europäisches Vertragsrecht, München 2002, (zit.: *Von Bar/Zimmermann*, Grundregeln des Europäischen Vertragsrechts).
- Batlle Sales, Georgina: Pago del cheque falso: responsabilidad del banco, Introducción y selección, Madrid 1991, (zit.: *Batlle Sales*, Pago del cheque falso).
- Batuecas Caletrio, Alfredo: Pago con tarjeta de Crédito, Naturaleza y régimen jurídico, Cizur Menor 2005, (zit.: *Batuecas Caletrio*, pago con tarjeta de crédito).

- Baudisch, Birgit: Die gesetzgeberischen Haftungsgründe der Gefährdungshaftung, Aachen 1998, (zit.: *Baudisch*, Die gesetzgeberischen Haftungsgründe der Gefährdungshaftung).
- Baumbach, Adolf/Lauterbach, Wolfgang/Albers, Jan/Hartmann, Peter: Zivilprozessordnung mit FamFG, GVG und anderen Nebengesetzen, 67. Auflage, München 2009, (zit.: *Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann*, Zivilprozessordnung).
- Behling, Thorsten: Der Zugang elektronischer Willenserklärungen in modernen Kommunikationssystemen, Baden-Baden 2007, (zit.: *Behling*, Der Zugang elektronischer Willenserklärungen in modernen Kommunikationssystemen).
- Bender, Silke: Ökonomische Analyse der öffentlich-rechtlichen Störerhaftung, eine Untersuchung der Altlastenproblematik und des Bundes-Bodenschutzgesetzes, Wiesbaden 2003, (zit.: *Bender*, Ökonomische Analyse der öffentlich-rechtlichen Störerhaftung).
- Bogdandy, Armin von: "Rechtsgleichheit, Rechtssicherheit und Subsidiarität im transnationalen Wirtschaftsrecht, Zur unmittelbaren Anwendbarkeit von Art.81 III und des WTO-Rechts", in *EuZW* 2001, S.357 ff., (zit.: *Von Bogdandy*, *EuZW* 2001).
- Bork, Reinhard: Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs, 2. Aufl., Tübingen 2006, (zit.: *Bork*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs).
- Brindle, Michael/Cox, Raymond: Law of Bank Payments, 3. Auflage, London 2004, (zit.: *Brindle/Cox*, Law of Bank Payments).
- Brox, Hans/Walker, Wolf-Dietrich: Allgemeiner Teil des BGB, 32. Aufl., München 2008, (zit.: *Brox/Walker*, Allgemeiner Teil des BGB).
- Brückner, Dirk: Online Banking, Sphärenhaftung, Rechtsscheinhaftung, Verschuldenshaftung, Berlin 2002, (zit.: *Brückner*, Online Banking).
- Brüggemeier, Gert: Haftungsrecht, Struktur, Prinzipien, Schutzbereich, Ein Beitrag zur Europäisierung des Privatrechts, Heidelberg 2006, (zit.: *Brüggemeier*, Haftungsrecht).
- Bundschuh, Karl Dietrich: "Die Widerspruchsfrist im Einzugsermächtigungsverfahren" in Festschrift für Walter Stimpel zum 68. Geburtstag am 29. November 1985, S.1039 ff., Berlin 1985, (zit.: *Bundschuh*, FS-Stimpel).
- Burrows, Andrew: "Limitations on Compensation" in Commercial Remedies, Oxford 2003, (zit.: *Burrows*, Limitations on Compensation).
- Burrows, Andrew: "Contributory Negligence in Contract: Ammunition for the Law Commission" in L.Q.R. 1993, (zit.: *Burrows*, L.Q.R. 1993).
- Büschgen, Hans Egon: Bankbetriebslehre, Bankgeschäft und Bankmanagement, 5. Aufl., Göttingen 1998, (zit.: *Büschgen*, Bankbetriebslehre).
- Caemmerer, Ernst von: "Das Verschuldensprinzip in Rechtsvergleichender Sicht" in *RabelsZ* 1978, Band 42, S.5 ff., (zit.: *von Caemmerer*, *RabelsZ* 1978).
- Calabresi, Guido: The costs of accidents, A legal and economic analysis, 3. Aufl., New Haven 1972, (zit.: *Calabresi*, The costs of accidents).
- Calliess, Christian/Ruffert, Matthias: EUV/EGV, Das Verfassungsrecht der Europäischen Union mit Europäischer Grundrechtecharta, Kommentar, 3. Aufl., München 2007, (zit.: *Callies/Ruffert-Bearbeiter*, EUV/EGV).

- Canaris, Claus-Wilhelm: Bankvertragsrecht, 3.Aufl., Berlin, New York 1988, (zit.: *Canaris*, Bankvertragsrecht).
- Canaris, Claus-Wilhelm: Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht, München 1971, (zit.: *Canaris*, Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht).
- Cartwright, Peter: Banks, Consumers and Regulation, Oxford 2004, (zit.: *Cartwright*, Banks, Consumers and Regulation).
- Castilla Cubillas, Manuel: La tarjeta de crédito, Reihe: Tratado de Derecho Mercantil, Hrsg. Oliven-
cia/Fernández-Novoa/Jiménez de Parga, Madrid 2007, (zit.: *Castilla Cubillas*, La tarjeta de crédito).
- Cezanne, Wolfgang: Allgemeine Volkswirtschaftslehre, 6. Aufl., München 2006, (zit.: *Cezanne*, Allge-
meine Volkswirtschaftslehre).
- Charlesworth, John/Percy, Rodney: On Negligence, London 2006, (zit.: *Charlesworth/Percy*, On Negli-
gence).
- Chen-Wishart, Mindy: Contract Law, 2.Aufl., Oxford 2008, (zit.: *Chen-Wishart*, Contract Law).
- Chitty, Joseph: Chitty on Contracts, Volume I, General Principles, 29. Aufl., London 2004, Hsg. Beale, (zit.
Chitty on Contracts, Vol.I).
- Chorley, Robert Daniel Theodore: Law of Banking, 6. Auflage, London 1974, (zit.: *Lord Chorley*, Law of
Banking).
- Claussen, Carsten Peter: Bank- und Börsenrecht - Für Studium und Praxis, 4. Auflage, München 2008,
(zit.: *Claussen*, Bank- und Börsenrecht).
- Claussen, Carsten Peter: Bank- und Börsenrecht - Für Studium und Praxis, 3. Auflage, München 2003,
(zit.: *Claussen*, Bank- und Börsenrecht, 3.Aufl.).
- Clerk, John/Lindsell, William: On Torts, 19. Aufl., London 2006, (zit.: *Clerk/Lindsell-Bearbeiter*, On
Torts).
- Collins, Hugh: The Law of Contract, 4. Aufl., London 2003, (zit.: *Collins*, The Law of Contract).
- Cuesta Rute, José María de la/Valpuesta Gastaminza, Eduardo María: Contratos Mercantiles, Band 3,
Contratos Bancarios, del mercado de valores y de seguro, Barcelona 2007, (zit.: *De la Cuesta Ru-
te/Valpuesta Gastaminza*, Contratos Mercantiles).
- Derleder, Peter/Knops, Kai-Oliver/Bamberger, Heinz Georg: Handbuch zum deutschen und europäi-
schen Bankrecht, 2. Aufl., Berlin, Heidelberg, New York 2009, (zit.: *Derleder/Knops/Bamberger-
Bearbeiter*, Handbuch zum deutschen und europäischen Bankrecht).
- Deutsch, Erwin: Haftungsrecht I, Allgemeine Lehren, Berlin 1976, (zit.: *Deutsch*, Haftungsrecht I).
- Deutsch, Erwin: Allgemeines Haftungsrecht, 2.Aufl., München 1996, (zit.: *Deutsch*, Allgemeines Haf-
tungsrecht).
- Díaz Fuentes, Antonio: La Prueba en la nueva Ley del Enjuiciamiento Civil, 2.Auf., Barcelona 2004 (zit.:
Díaz Fuentes, La Prueba en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil).
- Diez-Picazo, Luis: Fundamentos del Derecho civil patrimonial, Band I, Introducción, teoría del contrato, 6.
Aufl., Pamplona 2007, (zit.: *Diez-Picazo*, Fundamentos del Derecho civil patrimonial, Band I).
- Diez-Picazo, Luis: Fundamentos del Derecho civil patrimonial, Band II, Las relaciones obligatorias, 5.
Aufl., Madrid 1996, (zit.: *Diez-Picazo*, Fundamentos de Derecho civil patrimonial, Band II).

- Düchs, Constantin: Die Behandlung von Leistungsstörungen im Europäischen Vertragsrecht, Berlin 2006, (zit.: *Düchs*, Die Behandlung von Leistungsstörungen im Europäischen Vertragsrecht).
- Eckert, Jörn: "Zivilrechtliche Fragen des Kreditkartengeschäfts" in WM 1987, S. 161 ff, (zit.: *Eckert*, WM 1987).
- Eggers, Christian/Goerth, Andreas: "Die Haftung des Bankkunden für unbefugte Abhebungen mittels ec-Karte und PIN - BGH, NJW 2004, 3623" in JuS 2005, 492 ff., (zit.: *Eggers/Goerth*, Jus 2005).
- Eidenmüller, Horst: "Der homo oeconomicus und das Schuldrecht: Herausforderungen durch Behavioral Law" in JZ 2005, S.216 ff., (zit.: *Eidenmüller*, JZ 2005).
- Eilenberger, Guido: Bankbetriebswirtschaftslehre, Grundlagen, Internationale Bankleistungen, Bank-Management, 6.Aufl., München 1996, (zit.: *Eilenberger*, Bankbetriebswirtschaftslehre).
- Einsele, Dorothee: Bank- und Kapitalmarktrecht - Nationale und internationale Bankgeschäfte, Tübingen 2006, (zit.: *Einsele*, Bank- und Kapitalmarktrecht).
- Einsele, Dorothee: "Der bargeldlose Zahlungsverkehr - Anwendungsfall des Garantievertrags oder abstrakten Schuldversprechens?" in WM 1999, S. 1801 ff., (zit.: *Einsele*, WM 1999).
- Embid Irujo, José Miguel: "Cuenta corriente bancaria. El servicio de la caja. La información. La responsabilidad" in Derecho del Mercado Financiero, Band 2, Operaciones Bancarias de Activo y Pasivo, Nr.1, Madrid 1994, S.193 ff., (zit.: *Embid Irujo*, Cuenta corriente bancaria).
- Engel, Hans-Georg: Rechtsprobleme um das Lastschriftverfahren unter besonderer Berücksichtigung der Zahlung von Versicherungsprämien durch Lastschrift, Karlsruhe 1966, (zit.: *Engel*, Rechtsprobleme um das Lastschriftverfahren).
- Engels, Gudrun: Der Anscheinsbeweis der Kausalität, Unter besonderer Berücksichtigung der neueren Rechtsprechung, Frankfurt a.M. 1994, (zit.: *Engels*, Der Anscheinsbeweis der Kausalität).
- Englerth, Markus: "Behavioral Law and Economics - eine kritische Einführung" in Recht und Verhalten, Hrsg. Engel/Englerth/Lüdemann/Spiecker, Tübingen 2007, S.60 ff., (zit.: *Englerth*, Behavioral Law and Economics - eine kritische Einführung).
- Erman, Walter: Bürgerliches Gesetzbuch, Handkommentar, 12.Aufl., Köln 2008, (zit.: *Erman-Bearbeiter*, BGB-Kommentar).
- Esser, Josef: Grundlagen und Entwicklung der Gefährdungshaftung, 2.Aufl., München 1969, (zit.: *Esser*, Grundlagen und Entwicklung der Gefährdungshaftung).
- Fallscheer-Schlegel, Andreas: Das Lastschriftverfahren, Entwicklung und Rechtsprobleme, Köln 1977, (zit.: *Fallscheer-Schlegel*, Das Lastschriftverfahren).
- Fezer, Karl-Heinz: "Aspekte einer Rechtskritik an der economic analysis of law und am property rights approach" in JZ 1986, S.817 ff., (zit.: *Fezer*, JZ 1986).
- Flume, Werner: Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Zweiter Band, Das Rechtsgeschäft, 4.Aufl., Berlin 1992, (zit.: *Flume*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Band II).
- Foraster Serra, Miguel: "Sistema Nacional de Compensación Electrónica" in RLL 1992, Band III, S. 996 ff., (zit.: *Foraster Serra*, RLL 1992, Bd. III).
- Frazer, Patrick: Plastic and electronic money, New payment systems and their implications, Cambridge 1985, (zit.: *Frazer*, Plastic and electronic money).
- Furmston, Michael: Cheshire, Fitfoot & Furmston's Law of Contract, 15. Aufl., Oxford, New York 2007, (zit.: *Furmston*, Furmston's Law of Contract).

- Garberí Llobregat, José/Buitrón Ramírez, Guadalupe: La Prueba Civil, Doctrina, Jurisprudencia y Formularios sobre prueba, procedimiento probatorio y medios de prueba en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, Valencia 2004, (zit.: *Garberí Llobregat/Buitrón Ramírez*, La Prueba Civil).
- García-Pita y Lastres, José Luis: Tratado de Derecho mercantil, Band 39, Las entidades de crédito y sus operaciones, Nr. 4, Operaciones bancarias neutras, Madrid, Barcelona 2006, (zit.: *García-Pita y Lastres*, Operaciones bancarias neutras).
- García-Pita y Lastres, José Luis: Las entidades de crédito y sus operaciones, Band 4, Operaciones bancarias neutras, Madrid 2006, (zit.: *García-Pita y Lastres*, Las entidades de crédito y sus operaciones).
- Garrigues, Joaquín: Contratos Bancarios, 2.Auf., Madrid 1975, (zit.: *Garrigues*, Contratos Bancarios).
- Gete-Alonso y Calera, María del Carmen: Las Tarjetas de Crédito, Relaciones contractuales y conflictividad, Madrid 1997, (zit.: *Gete-Alonso y Calera*, Las Tarjetas de Crédito).
- Gimeno Sendra, Vicente: Derecho Procesal Civil, I. El proceso de declaración, parte general, Madrid 2004, (zit.: *Gimeno Sendra*, Derecho Procesal Civil I).
- Gómez Mendoza, María: "Tarjetas bancarias" in Derecho del Mercado Financiero, Band II, Operaciones bancarias de activo y pasivo, Nr. 1, Hsg. Alonso Ureba/ Martínez-Simancas y Sánchez, Madrid 1994, (zit.: *Gómez Mendoza*, Tarjetas Bancarias).
- Goode, Roy: Consumer Credit Law and Practice, Loseblattsammlung in fünf Bänden, Chippenham, Stand: Mai 2007, (zit.: *Goode*, Consumer Law and Practice).
- Gößmann, Wolfgang: "Der Zahlungsvertrag nach §§ 676 d und 676 e BGB und die Neufassung des Abkommens zum Überweisungsverkehr" in Festschrift für Siegfried Kümpel zum 70. Geburtstag, S.153 ff., Berlin 2003, (zit.: *Gößmann* in FS-Kümpel).
- Gößmann, Wolfgang: Anmerkung zum BGH-Urteil v. 5. Oktober 2004, WuB I D 5 b. - 1.05, (zit.: *Gößmann*, WuB I D 5 b. - 1.05).
- Gößmann, Wolfgang/Van Look, Frank: Die Banküberweisung nach dem Überweisungsgesetz, in: WM Sonderbeilage 1/2000, S.1 ff., (zit.: *Gößmann/Look*, WM-Sonderbeilage 1/2000).
- Grabitz, Eberhard/Hilf, Meinhard: Das Recht der Europäischen Union, Loseblattsammlung, München, Stand: November 2008, (zit.: *Grabitz/Hilf-Bearbeiter*, Das Recht der Europäischen Union).
- Groeben, Hans von der/Schwarze, Jürgen: Vertrag über die Europäische Union und Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaften, Kommentar, 6.Auf., Baden-Baden 2004, (zit.: *Von der Groeben/Schwarze-Bearbeiter*, EUV/EGV).
- Grundmann, Stefan: "Grundsatz- und Praxisprobleme des neuen deutschen Überweisungsrechts" in WM 2000, S. 2269 ff., (zit.: *Grundmann*, WM 2000).
- Grundmann, Stefan: "Kartengestützter Zahlungsverkehr" in Ebenroth/Boujong/Joost, Handelsgesetzbuch, Kommentar, Band 2, §§ 343-475h, Transportrecht, Bank- und Börsenrecht, München 2001, (zit.: *Grundmann*, HGB-Kommentar Ebenroth/Boujong/Joost, BankR II).
- Grundmann, Stefan: "Methodenpluralismus als Aufgabe, Zur Legalität von ökonomischen und rechtsethischen Argumenten in Auslegung und Rechtsanwendung" in RabelsZ 61 (1997), S.423 ff., (zit.: *Grundmann*, RabelsZ 61 (1997)).
- Hadding, Walther: "Zahlung mittels Universalkreditkarte" in Festschrift für Klemens Pleyer, S.17 f., Köln, Berlin, Bonn, München 1986, (zit.: *Hadding*, FS-Pleyer).

- Hadding, Walther: "Zur zivilrechtlichen Beurteilung des Lastschriftverfahrens" in Recht und Wirtschaft in Geschichte und Gegenwart, Festschrift für Johannes Bärmann zum 70. Geburtstag, München 1975, S.375 ff., (zit.: *Hadding*, FS-Bärmann).
- Hadžimanović, Nataša: Auslegung und Ergänzung von Verträgen - Vertragliche Nebenpflichten im englischen und schweizerischen Recht, Zürich 2006 (zit.: *Hadžimanović*, Auslegung und Ergänzung von Verträgen).
- Hammann, Harald: Die Universalkreditkarte - ein Mittel des bargeldlosen Zahlungsverkehrs, Berlin 1991, (zit.: *Hammann*, Die Universalkreditkarte).
- Hammer-Srtnad, Eva: Das Bestimmtheitsgebot als allgemeiner Rechtsgrundsatz des Europäischen Gemeinschaftsrechts, Hamburg 1999, (zit.: *Hammer-Srtnad*, Das Bestimmtheitsgebot als allgemeiner Rechtsgrundsatz).
- Hapgood, Mark: Paget's Law of Banking, 13.Aufl., London 2007, (zit.: *Hapgood*, Paget's Law of Banking).
- Harbeke, Christof: "Die POS-Systeme der deutschen Kreditwirtschaft - Eine Darstellung unter rechtlichen Aspekten -" in WM 1994, Sonderbeilage Nr.1, S.1 ff., (zit.: *Harbeke*, WM 1994, Sonderbeilage Nr.1).
- Härtling, Niko: Fernabsatzgesetz, Kurzkomentar, Köln 2000, (zit.: *Härtling*, Fernabsatzgesetz).
- Hedley, Steve/Halliwell, Margaret: The Law of Restitution, London 2002, (zit.: *Hedley/Halliwell*, The Law of Restitution).
- Hehl, Susanne: Das Verhältnis von Verschuldens- und Gefährdungshaftung, Regensburg 1999, (zit.: *Hehl*, Das Verhältnis von Verschuldens- und Gefährdungshaftung).
- Heiss, Helmut: "Verbraucherschutz im Binnenmarkt: Art.129 a EGV und die wirtschaftlichen Verbraucherinteressen" in ZEuP 1996, S.625 ff., (zit.: *Heiss*, ZEuP 1996).
- Hellner, Thorwald/Steuer, Stephan: Bankrecht und Bankpraxis, Loseblattsammlung, Band 3, Stand Juli 2007, (zit.: *Hellner/Steuer*, Bankrecht und Bankpraxis).
- Hoffmann, Nadja: Die Koordination von Vertrags- und Deliktsrecht in Europa, Eine rechtsvergleichende Untersuchung zum Kollisionsrecht, Sachrecht und zum UN-Kaufrecht, Tübingen 2006, (zit.: *Hoffmann*, Die Koordination des Vertrags- und Deliktsrechts in Europa).
- Hofmann, Christian: "Das Haftungsregime für Kartenzahlungssysteme im europäischen Rechtsvergleich - Eine Bestandsaufnahme vor dem Hintergrund des Vorschlags für eine Richtlinie über Zahlungsdienste im Binnenmarkt" in ZVglRWiss 2007, S.174 ff., (zit.: *Hofmann*, ZVglRWiss).
- Hofmann, Christian: "Schadensverteilung bei Missbrauch der ec-Karte - Zugleich Besprechung des Urteils des BGH vom 5. Oktober 2004 = WM 2004, 2309 -" in WM 2005, S.441 ff., (zit.: *Hofmann*, WM 2005).
- Hoppe, Tilmann: Anmerkung zum BGH-Urteil v. 5. Oktober 2004 in VuR 2005, 71, 76, (zit.: *Hoppe*, VuR 2005).
- Hoppe, Tilmann: "Anscheinsbeweis bei Ausspähen der PIN", ZBB 1999, S. 88 ff. (zit.: *Hoppe*, ZBB 1999).
- Jacob, Ulrich: Die zivilrechtliche Beurteilung des Lastschriftverfahrens, Berlin 1995, (zit.: *Jacob*, Die zivilrechtliche Beurteilung des Lastschriftverfahrens).
- Jansen, Nils: Die Struktur des Haftungsrechts, Geschichte, Theorie und Dogmatik außervertraglicher Ansprüche auf Schadensersatz, Tübingen 2003, (zit.: *Jansen*, Die Struktur des Haftungsrechts).

- Janson, Gunnar: Ökonomische Theorie im Recht, Anwendbarkeit und Erkenntniswert im allgemeinen und am Beispiel des Arbeitsrechts, Berlin 2004, (zit.: *Janson*, Ökonomische Theorie im Recht).
- Jauernig, Othmar: Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, 12. Aufl., München 2007, (zit.: *Jauernig*, BGB-Kommentar).
- Jiménez Sánchez, Guillermo Jesus: Derecho mercantil, IV.Títulos-valores, V.Obligaciones y contratos mercantiles, VI.Derecho concursal mercantil y VII.Derecho de la navegación, 9.Aufl., Barcelona 2004, (zit.: *Jiménez Sánchez*, Derecho mercantil).
- Keane, Adrian: The Modern Law of Evidence, London 1996, (zit.: *Keane*, The Modern Law of Evidence).
- Kegel, Gerhard: "Zur Entwicklung der Auffassung vom Vertrag im kontinentalen Europa" in Gedächtnisschrift für Alexander Lüderitz, München 2000, S.347 ff., (zit.: *Kegel*, GS-Lüderitz).
- Kienholz, Gerfried: Die Zahlung mit Kreditkarte im Nah- und Fernabsatz, München 2000, (zit.: *Kienholz*, Die Zahlung mit Kreditkarte).
- Kirchner, Christian: "Ökonomische Analyse des Rechts. Interdisziplinäre Zusammenarbeit von Ökonomie und Rechtswissenschaft" in Ökonomische Analyse des Rechts, Tübingen 1993, (zit.: *Kirchner*, Ökonomische Analyse des Rechts).
- Koch, Christian/Maurer, Peter: Rechtsfragen des Online-Vertriebs von Bankprodukten - behindern gesetzliche Regelungen den elektronischen Geschäftsverkehr? - Teil I, WM 2002, 2443 ff., (zit.: *Koch/Maurer*, WM 2002).
- Köhler, Helmut: BGB, Allgemeiner Teil, 32. Aufl., München 2008, (zit.: *Köhler*, BGB - Allgemeiner Teil).
- König, Volker: Die grobe Fahrlässigkeit, Berlin 1998, (zit.: *König*, Die grobe Fahrlässigkeit).
- Kötz, Hein: "Ziele des Haftungsrechts" in Festschrift für Ernst Steindorff zum 70. Geburtstag, Berlin 1990, S.643 ff., (zit.: *Kötz* in FS-Steindorff).
- Kötz, Hein/Wagner, Gerhard: Deliktsrecht, 10.Aufl., München 2006, (zit.: *Kötz/Wagner*, Deliktsrecht).
- Koziol, Tina: Der Überweisungsvertrag - Eine rechtliche Analyse unter besonderer Berücksichtigung der Rechte und Pflichten aus dem Verhältnis zwischen Überweisendem und überweisendem Kreditinstitut, Hamburg 2004, (zit.: *Koziol*, Der Überweisungsvertrag).
- Kübler, Friedrich: "Effizienz als Rechtsprinzip, Überlegungen zum rechtspraktischen Gebrauch ökonomischer Argumente" in Festschrift für Ernst Steindorff zum 70. Geburtstag, Berlin 1990, S.687 ff., (zit.: *Kübler* in FS-Steindorff).
- Kümpel, Siegfried: Bank- und Kapitalmarktrecht, 3. Auflage, Köln 2004, (zit.: *Kümpel*, Bank- und Kapitalmarktrecht).
- Lange, Hermann/Schiemann, Gottfried: Schadensersatz, 3.Aufl., Tübingen 2003, (zit.: *Lange/Schiemann*, Schadensersatz).
- Langenbucher, Katja: Die Risikoordnung im bargeldlosen Zahlungsverkehr, München 2001, (zit.: *Langenbucher*, Die Risikoordnung im bargeldlosen Zahlungsverkehr).
- Langenbucher, Katja/Gößmann, Wolfgang/Werner, Stefan: Handbuch zum Recht der Überweisung, Lastschrift, Kreditkarte und der elektronischen Zahlungsformen, München 2004, (zit.: *Bearbeiter*, Zahlungsverkehr, *Langenbucher/Gößmann/Werner*).
- Larenz, Karl: Lehrbuch des Schuldrechts, Band I, Allgemeiner Teil, 14. Aufl., München 1987, (zit.: *Larenz*, Lehrbuch des Schuldrechts I).

- Larenz, Karl/Wolf, Manfred: Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 9. Aufl., München 2004, (zit.: *Larenz/Wolf*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts).
- Llegó Yagüe, Francisco: Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, Madrid 2000, (zit.: *Llegó Yagüe*, Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil).
- Looschelders, Dirk: Schuldrecht, Allgemeiner Teil, 6.Aufl., Köln 2008, (zit.: *Looschelders*, Schuldrecht AT).
- Looschelders, Dirk: Die Mitverantwortlichkeit des Geschädigten im Privatrecht, Tübingen 1999, (zit.: *Looschelders*, die Mitverantwortlichkeit des Geschädigten im Privatrecht).
- Loughlin, Paula/Gerlis, Stephen: Civil Procedure, 2. Aufl, London 2004, (zit.: *Loughlin/Stephen*, Civil Procedure).
- Lüdemann, Jörn: "Die Grenzen des homo oeconomicus und die Rechtswissenschaft" in Recht und Verhalten, Hrsg. Engel/Englerth/Lüdemann/Spiecker, Tübingen 2007, S.7 ff.; (zit.: *Lüdemann*, Die Grenzen des homo oeconomicus und die Rechtswissenschaft).
- Lunney, Mark/Oliphant, Ken: Tort Law, Text and Materials, 2. Aufl., Oxford 2003, (zit.: *Lunney/Oliphant*, Tort Law).
- Magen, Stefan: "Fairness, Eigennutz und die Rolle des Rechts. Eine Analyse auf Grundlage der Verhaltensökonomik" in Recht und Verhalten, Hrsg. Engel/Englerth/Lüdemann/Spiecker, Tübingen 2007, S.261 ff., (zit.: *Magen*, Fairness, Eigennutz und die Rolle des Rechts).
- Magnus, Ulrich/Wurmnest, Wolfgang: Casebook Europäisches Haftungs- und Schadensrecht, Baden-Baden 2002, (zit.: *Magnus/Wurmnest*, Europäisches Haftungs- und Schadensrecht).
- Mankiw, Nicholas Gregory: Grundzüge der Volkswirtschaftslehre, Übers. Wagner/Herrmann, 3. Aufl., Stuttgart 2004, (zit.: *Mankiw*, Grundzüge der Volkswirtschaft).
- Marina García-Tuñón, Angel: La responsabilidad por el pago de cheque falso o falsificación, Valladolid 1993, (zit.: *Marina García-Tuñón*, La responsabilidad por el pago de cheque falso o falsificación).
- Mariño López, Andrés: Uso fraudulento de tarjetas de crédito por terceros no autorizados. Daños y responsabilidad civil, Madrid 2006, (zit.: *Mariño López*, Uso fraudulento de tarjetas de crédito por terceros no autorizados).
- Martinek, Michael: "Vom Forderungskauf zum abstrakten Schuldversprechen - Die Bekehrung der Rechtsprechung zu Walther Haddings Kreditkartentheorie" in Festschrift für Walther Hadding, Berlin 2004, S. 967 ff., (zit.: *Martinek*, FS-Hadding).
- Maurer, Hartmut: Staatsrecht I, Grundlagen, Verfassungsorgane, Staatsfunktionen, 5.Aufl., München 2007, (zit.: *Maurer*, Staatsrecht I).
- McEwan, Jenny: Evidence and the Adversarial Process, The Modern Law, Oxford 1992, (zit.: *McEwan*, Evidence and the Adversarial Process).
- McGregor, Harvey: McGregor on Damages, 17.Aufl., London 2003, (zit.: *McGregor*, McGregor on Damages).
- McKendrick, Ewan: Contract Law, Text, Cases and Materials, Oxford, New York 2003, (zit.: *McKendrick*, Contract Law, Materials).
- McKendrick, Ewan: Contract Law, 7.Aufl., Basingstoke 2007, (zit.: *McKendrick*, Contract Law).
- Meder, Stephan: "Annahme durch Schweigen bei Überweisungsvertrag und Gutschrift" in JZ 2003, S. 443 ff., (zit.: *Meder*, JZ 2003)

- Meder, Stephan: "Kreditkartenmissbrauch im Fernabsatz" in NJW 2002, S. 2215 ff., (zit.: *Meder*, NJW 2002).
- Medicus, Dieter: Allgemeiner Teil des BGB, 9.Aufl., Heidelberg 2006, (zit.: *Medicus*, Allgemeiner Teil des BGB).
- Merkt, Hanno: "Die dogmatische Zuordnung der Duldungsvollmacht zwischen Rechtsgeschäft und Rechtscheintatbestand" in AcP 204, S.638 ff., (zit.: *Merkt*, AcP 204).
- Mertens, Hans-Joachim: Der Begriff des Vermögensschadens im Bürgerlichen Recht, Berlin 1967, (zit.: *Mertens*, Der Begriff des Vermögensschadens).
- Morales & Sancho Abogados: Manual práctico de responsabilidad civil, Granada 1995, (zit.: *Morales & Sancho*, Manual práctico de responsabilidad civil).
- Motos Guirao, Miguel: "Sobre si el ingreso en la cuenta corriente bancaria del acreedor libera al deudor" in R.D.M. 1958, Nr.68, S.272 ff., (zit.: *Motos Guirao*, R.D.M. 1958, Nr.68).
- Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 2, §§ 241-432, 5.Aufl., München 2007, (zit.: *MüKo-Bearbeiter*).
- Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung: Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und Nebengesetzen, 2. Aufl., München 2000, (zit.: *MüKo-ZPO/Bearbeiter*).
- Musielak, Hans-Joachim: Kommentar zur Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz, 5. Aufl., München 2007, (zit.: *Musielak/Bearbeiter*).
- Neuman, Dania/Bock, Christian: Zahlungsverkehr im Internet, rechtliche Grundzüge klassischer und innovativer Zahlungsverfahren, München 2004, (zit.: *Neumann/Bock*, Zahlungsverkehr im Internet).
- Nobbe, Gerd: "Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zum Überweisungsverkehr" in WM 2001, Sonderbeilage Nr.4, S.1 ff., (zit.: *Nobbe*, WM 2001, Sonderbeilage Nr.4).
- Noval Pato, Jorge: Las transferencias bancarias indirectas - La actuación de bancos intermediarios y sistemas de pagos en la tramitación, Granada 2002, (zit.: *Noval Pato*, Las transferencias bancarias indirectas).
- O'Hare, JohnBrowne, Kevin: Civil Litigation, 11.Aufl., London 2003, (zit.: *O'Hare/Browne*, Civil Litigation).
- Oliva, Andrés de la/Fernández, Miguel Angel: Derecho Procesal Civil II, Objetos, actos y recursos del proceso civil, El proces civil de declaración, 4. Auflage, Madrid 1995, (zit.: *De la Oliva/Fernández*, Derecho Procesal Civil II).
- Olten, Rainer: Wettbewerbstheorie und Wettbewerbspolitik, München 1995, (zit.: *Olten*, Wettbewerbstheorie und Wettbewerbspolitik).
- Osborne, Craig: Civil Litigation, 13. Aufl., Oxford 2005, (zit.: *Osborne*, Civil Litigation).
- Palandt, Otto: Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, 68. Aufl., München 2009, (zit.: *Palandt/Bearbeiter*).
- Paul, Werner: "Die neuen PIN-Nummern der ec-Karten, NJW-CoR-Gespräch mit Werner Schindler, Bundesamt für Sicherheit in der Informationstechnik (BSI)" in NJW-CoR 1998, S. 223 ff., (zit.: *Paul*, NJW-CoR).
- Pausch, Manfred: "Die Sicherheit von Magnetstreifenkarten im automatisierten Zahlungsverkehr" in CR 1997, 174 ff., (zit.: *Pausch*, CR 1997).

- Pawlowski, Hans-Martin: Allgemeiner Teil des BGB, Grundlehren des bürgerlichen Rechts, 7.Aufl., Heidelberg 2003, (zit.: *Pawlowski*, Allgemeiner Teil des BGB).
- Peel, Edwin: The Law of Contract, 12. Aufl., London 2007, (zit.: *Peel*, The Law of Contract).
- Phipson, Sidney: Phipson on Evidence, The Law of Evidence, 16. Auflage, London 2005 (zit.: *Phipson-Bearbeiter*, The Law of Evidence).
- Piekenbrock, Andreas: "Lastschrift und Insolvenz: Ein Beitrag zur Dogmatik der Einzugsermächtigung" in KTS 2007, S.179 ff., (zit.: *Piekenbrock*, KTS 2007).
- Plaisier, Guido: Anmerkung Urteil AG Dortmund v. 26.03.2003 in VuR 2003, 315, (zit.: *Plaisier*, VuR 2003).
- Puig Brutau, José: Fundamentos del Derecho civil, Band II, 1, Doctrina general del contrato, 3. Aufl., Barcelona 1988, (zit.: *Puig Brutau*, Fundamentos de Derecho civil, Band II, 1).
- Putzo: 29.Aufl.2008!
- Recknagel, Einar: Vertrag und Haftung beim Internet-Banking, München 2005, (zit.: *Recknagel*, Internet-Banking).
- Reich, Norbert: Markt und Recht - Theorie und Praxis des Wirtschaftsrechts in der Bundesrepublik Deutschland, Neuwied 1977, (zit.: *Reich*, Markt und Recht).
- Reich, Norbert/Micklitz, Hans-Wolfgang: Europäisches Verbraucherrecht, 4.Aufl., Baden-Baden 2003, (zit.: *Reich/Micklitz*, Europäisches Verbraucherrecht).
- Reinfeld, Richard: "Rechtsfragen des Interchange-Kreditkartensystems am Beispiel von VISA und EUROCARD" in WM 1994, 1505 ff., (zit.: *Reinfeld*, WM 1994).
- Richards, Paul: Law of Contract, 7.Aufl., Harlow 2006, (zit.: *Richards*, Law of Contract).
- Riesenhuber, Karl: Europäisches Vertragsrecht, Berlin 2003, (zit.: *Riesenhuber*, Europäisches Vertragsrecht).
- Rittner, Fritz: "Das Modell des homo oeconomicus und die Jurisprudenz" in JZ 2005, S.668 ff., (zit.: *Rittner*, JZ 2005).
- Roellecke, Gerd: "Zur Unterscheidung und Koppelung von Recht und Wirtschaft" in Rechtstheorie 2000, Band 31, S.1 ff., (zit.: *Roellecke*, Rechtstheorie 31 (2000)).
- Rösler, Hannes: Europäisches Konsumentenvertragsrecht, Grundkonzeption, Prinzipien und Fortentwicklung, München 2004, (zit.: *Rösler*, Europäisches Konsumentenvertragsrecht).
- Rossa, Caroline Beatrix: "Mißbrauch beim electronic cash" in CR 1997, S.138 ff., (zit.: *Rossa*, CR 1997).
- Saenger, Ingo: Zivilprozessordnung, Handkommentar, 2. Auflage, Baden-Baden 2007, (zit.: *Saenger/Bearbeiter*, Zivilprozessordnung).
- Sánchez Calero, Fernando/Sánchez-Calero Guilarte: Instituciones de Derecho Mercantil, 29. Auflage, Elcano 2006, (zit.: *Sánchez Calero/ Sánchez-Calero Guilarte*, Instituciones de Derecho Mercantil).
- Sánchez Gómez, Amelia: El sistema de tarjeta de crédito, Granada 2006, (zit.: *Sánchez Gómez*, El sistema de tarjeta de crédito).
- Sánchez-Calero Guilarte, Juan: "Pago de cheque falso: Negligencia del banco y del titular de la cuenta", Urteilsanmerkung in Comentarios y Jurisprudencia de derecho bancario y cambiario, Band 2, Madrid 1993, (zit.: *Sánchez-Calero Guilarte*, Pago del cheque falso).

- Santos Briz, Jaime/Sierra Gil de la Cuesta, Ignacio/González Poveda, Pedro/Martínez Pereda, José Manuel/Paz Rubio, José María: Tratado de Derecho Civil, Band 3, Derecho de obligaciones, Barcelona 2003, (zit.: *Santos Briz/Sierra Gil de la Cuesta*, Tratado de Derecho Civil).
- Sanz Martínez, Fernando: Manual de Derecho Mercantil, 13. Aufl., Madrid 2006, (zit.: *Sanz Martinez*, Manual de Derecho Mercantil).
- Sayer, Peter: Credit Cards and the Law, An Introduction, London 1988, (zit.: *Sayer*, Credit Cards and the Law).
- Schäfer, Hans Bernd/Ott, Claus: Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts, 4.Aufl., Berlin 2005, (zit.: *Schäfer/Ott*, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts).
- Schäfer, Hans Bernd/Ott, Claus: "Die ökonomische Analyse des Rechts - Irrweg oder Chance wissenschaftlicher Rechtserkenntnis?" in JZ 1988, S.213 ff., (zit.: *Schäfer/Ott*, JZ 1988).
- Schilling, Theodor: "Bestand und allgemeine Lehren der bürgerschützenden allgemeinen Rechtsgrundsätze des Gemeinschaftsrechts" in EuGRZ 2000, S.3 ff., (zit.: *Schilling*, EuGRZ 2000).
- Schimansky, Herbert/Bunte, Hermann-Josef/Lwowski, Hans-Jürgen: Bankrechts-Handbuch, Band I, 3. Auflage, München 2007, (zit.: *Schimansky/Bunte/Lwowski-Bearbeiter*, Bankrechts-Handbuch).
- Schinkels, Boris: Die Verteilung des Haftungsrisikos für Missbrauch von Medien des bargeldlosen Zahlungsverkehrs, Eine Betrachtung von Scheck, Kreditkarte, Debetkarte und Geldkarte, Berlin 2001, (zit.: *Schinkels*, Haftungsrisiko).
- Schneider, Egon: Beweis und Beweiswürdigung, 5. Aufl., München 1994, (zit.: *Schneider*, Beweis und Beweiswürdigung).
- Schuppert, Gunnar Folke: "Verwaltungswissenschaft als Steuerungswissenschaft. Zur Steuerung des Verwaltungshandelns durch Verwaltungsrecht" in Reform des Allgemeinen Verwaltungsrechts, Baden-Baden 1993, S.65, (zit.: *Schuppert*, Verwaltungswissenschaft als Steuerungswissenschaft).
- Schwartz, Ivo: "EG-Kompetenzen für den Binnenmarkt: Exklusiv oder konkurrierend/subsidiär?" in Festschrift für Ulrich Everling, Band II, Hrsg. Due/Lutter/Schwarze, Baden-Baden 1995, S.1331 ff., (zit.: *Schwartz*, FS-Everling).
- Schwintowski, Hans-Peter/Schäfer, Frank: Bankrecht, Commercial Banking - Investment Banking, 2.Aufl., München 2004, (zit.: *Schwintowski/Schäfer-Bearbeiter*, Bankrecht).
- Sequeira Martín, Adolfo Javier "La transferencia bancaria de crédito" in Estudios de Derecho Bancario y Bursatil - Homenaje a Evelio Verdera y Tuells, Band III, Madrid 1994, S. 2531 ff., (zit.: *Sequeira Martín*, La transferencia bancaria de crédito).
- Sequeira Martín, Adolfo Javier: "Transferencia bancaria" in Derecho del mercado financiero, Band II, Operaciones Bancarias de Activo y Pasivo, Nr. 1, Hsg. Alonso Ureba/ Martínez y Sanchez, Madrid 1994, S. 783 ff., (zit.: *Sequeira Martín*, Derecho del mercado financiero).
- Sequeira Martín, Adolfo Javier: "La transferencia bancaria de crédito" in Contratos Bancarios, Hrsg. Villaverde, Madrid 1992, S.491 ff., (zit.: *Sequeira Martin*, Contratos Bancarios).
- Simitis, Konstantin: Verbraucherschutz, Schlagwort oder Rechtsprinzip?, Baden-Baden 1976, (zit.: *Simitis*, Verbraucherschutz, Schlagwort oder Rechtsprinzip?).
- Soergel, Hans Theodor: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, 13. Aufl., Stuttgart 1999, (zit.: *Soergel/Bearbeiter*).

- Staudinger, Julius von: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Zweites Buch, Recht der Schuldverhältnisse, §§ 657-704 (Geschäftsbesorgung), Neubearbeitung, Berlin 2006, (zit.: *Staudinger/Bearbeiter*).
- Stein, Friedrich/Jonas, Martin: Kommentar zur Zivilprozessordnung, 21. Auflage, Tübingen 1997, (Stein-Jonas/Bearbeiter, Zivilprozessordnung, Band).
- Strube, Hartmut: "Haftungsrisiken der ec-Karte" in WM 1998, S.1210 ff., (zit.: *Strube*, WM 1998).
- Taupitz, Jochen: Zivilrechtliche Haftung bei Kreditkartenmissbrauch, Frankfurt a.M. 1995, (zit.: *Taupitz*, Zivilrechtliche Haftung bei Kreditkartenmissbrauch).
- Taupitz, Jochen: "Ökonomische Analyse und Haftungsrecht - Eine Zwischenbilanz" in AcP 196 (1996), S.114 ff., (zit.: *Taupitz*, AcP 169 (1996)).
- Tenas Segarra, Joaquín Vicente: "La extinción de las obligaciones" in Instituciones de Derecho Privado, Band III, Verbindlichkeiten und Verträge, Nr. 1, Hsg. Delgado de Miguel, Madrid 2002, S. 197 ff., (zit.: *Tenas Segarra*, La extinción de las obligaciones).
- Tettenborn, Andrew: The Law of Damages, London 2003, (zit.: *Tettenborn*, The Law of Damages).
- Trautmann, Siegfried: Investitionen, Bewertung, Auswahl und Risikomanagement, Berlin 2006, (zit.: *Trautmann*, Investitionen).
- Treitel, Guenter: The Law of Contract, 11. Aufl., London 2003, (zit.: *Treitel*, The Law of Contract).
- Vazquez Bonome, Antonio: Tratado de Derecho Cambiario - Letra, Pagare y Cheque, 2.Aufl., Madrid 1993, (zit.: *Vazquez Bonome*, Tratado de Derecho Cambiario).
- Vázquez Pena, Manuel José: La transferencia bancaria de créditos, Madrid 1998, (zit.: *Vazquez Pena*, La transferencia bancaria de créditos).
- Vega Pérez, Felix: "La domiciliación bancaria de recibos" in RDBB 1984, Nr.14, April-Juni, S.345 ff., (zit.: *Vega Pérez*, RDBB 1984, Nr.14).
- Velasco San Pedro, Luis Antonio: "Pago de cheque falso o falsificado y concurrencia de culpas (Dos sentencias recientes de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife)" in RDBB 1992, Nr.45, S.243 ff., (zit.: *Velasco San Pedro*, RDBB 1992, Nr.45).
- Wadsley, Joan/Penn, Graham: The law relating to domestic banking, 2. Auflage, London 2000, (zit.: *Wadsley/Penn*, The law relating to domestic banking).
- Weber, Beatrix: Recht des Zahlungsverkehrs, Überweisung - Lastschrift - Scheck - ec- und Kreditkarte - Internet - Insolvenz, 4. Aufl., Berlin 2004., (zit.: *Weber*, Recht des Zahlungsverkehrs).
- Wöhe, Günter/Bilstein, Jürgen: Grundzüge der Unternehmensfinanzierung, 9.Aufl., München 2002, (zit.: *Wöhe/Bilstein*, Grundzüge der Unternehmensfinanzierung).
- Woll, Artur: Allgemeine Volkswirtschaftslehre, 14.Aufl., München 2003, (zit.: *Woll*, Allgemeine Volkswirtschaftslehre).
- Wurm, Michael: "Blanketterklärung durch Rechtsscheinhaftung" in JA 1986, S.577 ff., (zit.: *Wurm*, JA 1986).
- Wurmnest, Wolfgang: Grundzüge eines europäischen Haftungsrechts, Eine rechtsvergleichende Untersuchung des Gemeinschaftsrechts, Tübingen 2003, (zit.: *Wurmnest*, Grundzüge eines europäischen Haftungsrechts).

- Zahrnt, Christoph: "Die Kreditkarte unter Zivilrechtlichen Gesichtspunkten" in NJW 1972, S. 1077 ff. (zit.: *Zahrnt*, NJW 1972).
- Zietsch, Udo: Die Haftung im Telefon-Banking-Verkehr, Wiesbaden 1998, (zit.: *Zietsch*, Die Haftung im Telefon-Banking-Verkehr).
- Zöller, Richard: Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und den Einführungsgesetzen, mit internationalem Zivilprozessrecht, EG-Verordnungen, Kostenanmerkungen, Kommentar, 27. Aufl., Köln 2009, (zit.: *Zöller*, Zivilprozessordnung).
- Zuckerman, Adrian: Zuckerman on Civil Procedure, Principles of Practice, London 2006, (zit.: *Zuckerman*, Civil Procedure).
- Zunzunegui, Fernando: Derecho del Mercado Financiero, 3. Aufl., Barcelona 2005, (zit.: *Zunzunegui*, Derecho del Mercado Financiero).
- Zweigert, Konrad/Kötz, Hein: Einführung in die Rechtsvergleichung auf dem Gebiet des Privatrechts, 3. Aufl., Tübingen 1996, (zit.: *Zweigert/Kötz*, Einführung in die Rechtsvergleichung).